

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



A PROBLEMÁTICA DA RADIODIFUSÃO RETRANSMITIDA POR REDE
INFORMÁTICA EM SIMULTÂNEO E A TUTELA DO DIREITO DE AUTOR

AUGUSTO MANUEL PEREIRA PORTELA

MESTRADO EM DIREITO INTELECTUAL

2018

AUGUSTO MANUEL PEREIRA PORTELA

AUGUSTO MANUEL PEREIRA PORTELA

A PROBLEMÁTICA DA RADIODIFUSÃO RETRANSMITIDA POR REDE
INFORMÁTICA EM SIMULTÂNEO E A TUTELA DO DIREITO DE AUTOR

Dissertação de mestrado em Direito Intelectual
Científico, na especialidade de Direito de Autor,
apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Lisboa, sob a orientação do
Professor Doutor José Alberto Coelho Vieira.

LISBOA, JUNHO DE 2018

RESUMO:

Este estudo tem como ponto nevrálgico a radiodifusão retransmitida por rede informática em simultâneo, ou seja, o que se denomina por “*streaming*”. Quais as suas implicações no seu enquadramento jurídico e que formas jurídicas existem ou podem existir para assegurar a tutela dos direitos de autor e direitos conexos relevantes nesse ato.

Com a invenção da Internet, o direito de autor e os direitos conexos viram-se confrontados com desafios até então inimagináveis e para os quais não estavam preparados. A descoberta e evolução da radiodifusão tradicional está na origem do aparecimento deste fenómeno do *streaming*. O nosso estudo abordará assim as várias formas de radiodifusão, o seu enquadramento jurídico e as suas exceções e limitações que vão formatando estes novos direitos originários da Internet.

O direito exclusivo de reprodução configurado e aceite unanimemente como um dos grandes direitos patrimoniais dos autores e titulares de direitos conexos, será também objeto de análise, convocando-se alguma jurisprudência para melhor definição e conceito deste direito de reprodução, assim como o regime das suas exceções e limitações tão importantes para a delimitação da tutela do direito de autor e direitos conexos de obras protegidas.

O direito exclusivo de comunicação ao público tem suscitado muita discussão na sua delimitação e nos conceitos a ele associados, nomeadamente, o de comunicação e o de público. O direito exclusivo de colocação à disposição do público será objeto de análise privilegiada pois advém dele o fenómeno do *streaming*, alvo de muita atenção por parte do público e do poder judicial e doutrinário.

A cópia privada, conceito e definição serão objeto da nossa análise pois é fundamental na questão da tutela dos direitos de autor e direitos conexos. Associada a essa realidade temos ainda o conceito de remuneração equitativa, a sua aplicação e impacto no direito exclusivo de reprodução.

Acompanhando este estudo convocaremos alguma jurisprudência nacional e internacional que nos ajudará a melhor perceber algumas dificuldades sentidas na interpretação e aplicação da lei aos casos em apreço.

Palavras-chave: *streaming*, radiodifusão, internet, direito exclusivo de reprodução, direito de comunicação ao público.

ABSTRACT:

This study has as neuralgic the broadcasting retransmitted by computer network simultaneously, that is, what is called by "streaming". What are its implications in its legal framework, and what legal forms exist or can exist to ensure the protection of copyright and related rights relevant in that act.

With the invention of the Internet, copyright and related rights were faced with previously unimaginable challenges for which they were not prepared. The discovery and evolution of traditional broadcasting is at the origin of this phenomenon of streaming. Our study will thus address the various forms of broadcasting their legal framework and its exceptions and limitations that will shape these new rights originating from the Internet.

The exclusive reproduction right, configured and accepted unanimously as one of the great patrimonial rights of the authors and holders of related rights, will also be object of analysis, summoning some jurisprudence for a better definition and concept of reproduction as well as the regime of its exceptions and important limitations to the delimitation of the protection of copyright and related rights of protected works.

The exclusive right of communication to the public, has aroused much discussion in its delimitation and concepts associated with it, namely the concept of communication of the public.

The exclusive right of making available to the public will be the subject of a privileged analysis because it comes from him the phenomenon of streaming, the subject of much attention by the public and the judicial and doctrinal power.

Private copying, concept and definition will be the subject of our analysis because it is fundamental in the matter of the protection of copyright and related rights. Associated with

this reality we still have the concept of equitable remuneration, its application and impact on the exclusive right of reproduction.

Accompanying this study we will summon some national and international jurisprudence that will help us to better perceive some difficulties in interpreting and applying the law to the cases under consideration.

Keywords: streaming, broadcasting, internet, exclusive right of reproduction, right of communication to the public.

PRINCIPAIS ABREVIATURAS

Ac.- Acórdão

Acordo TRIPS/ADPIC-Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights/Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio

Al.- Alínea

Art.- Artigo

CB- Convenção de Berna

CDADC- Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos

CR- Convenção de Roma

DCDP- Direito de Colocação à Disposição do Público

DIRETIVA INFO SOC- Diretiva da Sociedade da Informação

OMPI - Organização Mundial da Propriedade Intelectual

p. – Página

TFUE- Tratado de Funcionamento da União Europeia

TJUE- Tribunal de Justiça da União Europeia

TODA- Tratado da OMPI Sobre o Direito de Autor

TOIEF - Tratado da OMPI Sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas

T.P.I. - Tribunal da Propriedade Intelectual

UE - União Europeia

Índice

Introdução:.....	12
1. A radiodifusão.....	17
1.1. Origens do conceito de radiodifusão.....	19
1.2 A Regulamentação internacional da radiodifusão	19
1.3. A radiodifusão televisiva	25
1.4. A regulamentação da radiodifusão no CDADC	25
1.4.1. O Parecer nº4/92, de 28/05/1992.....	28
1.4.2. A Recomendação nº 8/B/2013, de 17 de julho de 2013.....	32
1.5.A receção na radiodifusão.....	37
1.5.1. A teoria da “zona de receção direta”	37
1.5.2. A teoria da “zona de serviço”	38
1.6. A Radiodifusão por Satélite	38
1.6.1. A radiodifusão por satélite direta	40
1.6.1.1. A teoria <i>Bogsch</i>	41
1.6.1.2. A teoria da emissão	42
1.6.2. A Radiodifusão por satélite indireta.....	42
1.7. Jurisprudência sobre a radiodifusão	42
1.7.1. Acórdãos Sabam e Agicoa (TJUE) de 13/10/2011	42
1.7.2. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto - Proc. Nº 131/11.1GEGDM.P1, de 19-09-2012	48
1.7.3. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, nº 248/12.5YHLSB.L1-1, de 5/3/2013.....	51

2. A Radiodifusão por Cabo	53
2.1. A Retransmissão por Cabo	53
2.2. A Regulamentação Internacional e da União Europeia	54
3. O Direito exclusivo de reprodução	56
3.1. As reproduções temporárias	58
3.2. Jurisprudência sobre o direito de reprodução	59
3.2.1. O Caso <i>Google</i> , de 13.2.2007	59
3.2.2. O Caso <i>Infopaq/Danske</i> C-5/08 (TJUE), de 16/07/2009	60
3.2.3. O Caso <i>Public Relations/Newspaper Ltd</i> , C-360/13 (TJUE), de 05/06/2014	62
4. A exceção de cópia privada	65
4.1. O conceito de cópia privada no ordenamento jurídico interno	65
4.2. Jurisprudência sobre a cópia privada	68
4.2.1. O Caso <i>Amazon/ Austro – Mechana</i> , C-572/11 (TJUE), de 12.01.2012	68
4.2.2. O Caso <i>Padawan</i> C-467/08, de 21/10/2010	71
5. O direito exclusivo de comunicação ao público	74
5.1. O conceito de direito exclusivo de comunicação ao público	74
5.2. O conceito de público	76
5.3. A remuneração equitativa	77
5.3.1. A remuneração dos titulares de direitos	77
5.4. Jurisprudência sobre o direito de comunicação ao público	80
5.4.1. O Caso <i>SGAE/Rafael Hotelles S.A.</i> C-306/05 (TJUE), de 07/12/2006	81
5.4.2. O caso <i>Marco Del Corso</i> C-135/10 (TJUE), de 15/03/2012	87
5.4.3. O caso <i>Phonographic /Ireland</i> , C-162/10 (TJUE), de 15 /03/2012	90

5.4.4. O caso <i>Hettegger Hotel Edlweiss</i> C-641/15 (TJUE), de 16/02/2017.....	93
5.4.5. O caso <i>OSA</i> C-351/12 (TJUE), de 27/02/2014	95
5.4.6. O Caso <i>Premier League/ Karen Murphy</i> , C-403/08 e C-429/08 (TJUE), de 04/10/2011.....	96
5.4.7. O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, nº 147/04.4SXLBSB. L1-5, de 22/03/2011.....	100
5.4.8. O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça Nº 15/2013-A, de 16/12/2016.....	101
5.4.9. O caso <i>SPA/ Douros Bar e outros</i> , C-151/15 (TJUE), de 14/07/2015	103
6. A internet	105
6.1. O conceito	105
6.2. O Protocolo Bittorrent	112
6.3. As plataformas em linha e o mercado único digital.....	113
6.4. O mercado único digital e os direitos de autor	115
6.5. Jurisprudência sobre a Internet	116
6.5.1. O caso <i>Napster</i>	116
6.5.2. O caso <i>The Pirate Bay</i>	117
6.5.3. O Processo nº 153/14.0YHLSB, do Tribunal da Propriedade Intelectual, de 24/02/2015.....	117
6.5.4. O caso <i>Btuga</i>	119
7. O direito de colocação à disposição do público	120
7.1. Como surgiu o direito de colocação à disposição do público	121
7.2. O direito de colocação à disposição <i>online</i> para acesso “on demand”	128
8. A portabilidade transfronteiriça.....	129

9. A radiodifusão retransmitida por rede informática em simultâneo (<i>streaming</i>)	134
9.1. O conceito	134
9.2. Jurisprudência sobre o direito de colocação à disposição do público e do <i>streaming</i>	135
9.2.1. O caso ITV/Tv Catchup, C-275/15 (TJUE), de 01/03/2017	135
9.2.2. O Caso Stichting Brein /Jack Wullems, C-527/15 (TJUE), de 26/04/2017	139
9.2.3. O caso UPC, C-314/12 (TJUE), de 27/03/2014	143
9.2.4. O recurso especial 1559264/RJ/ - Brasil, de 08/02/2017	146
10. A tutela internacional do direito de autor	147
10.1. A tutela do direito de autor nas transmissões em linha.....	150
10.2. A responsabilidade dos prestadores de serviços em rede	157
10.3. A responsabilidade dos utilizadores.....	158
10.4. Jurisprudência sobre a tutela internacional dos direitos de Autor	159
10.4.1. O caso <i>Stitching Brein</i> - C-610/15, de 14/06/2017	159
10.4.2. O Caso Tobias Mcfadden/Sony, C-484/14 (TJUE), de 15/09/2016	162
11. A tutela do direito de autor no <i>streaming</i>	163
12. A bondade da implementação de um tribunal internacional para a internet	165
Conclusões:.....	173
BIBLIOGRAFIA:	181

Introdução:

As novas tecnologias vieram introduzir alterações significativas na rotina diária das pessoas, originando aquilo a que se poderá chamar de um novo paradigma social. Estas alterações profundas originadas pelo desenvolvimento de novos modelos de comunicação originadas pela Internet, vem questionar todo o edifício jurídico aplicável ao direito de autor e direitos conexos.

A esta transformação radical dos novos modelos de comunicação, refira-se em concreto às obras e conteúdos protegidos pelo direito de autor, a legislação comunitária tem realizado um esforço notável para se adaptar a estas novas realidades.

Não podemos olvidar a importância que o Direito de Autor revela no fomento e desenvolvimento culturais (...) o Direito de Autor assume um status de *primus inter pares*, pois ele tem o objetivo de fomentar a cultura protegendo o criador da obra. Esse espírito é que erigiu todo o extenso conjunto de princípios e de regras que compõem tanto o plano nacional quanto as convenções internacionais. Todo ato de criação, ao mesmo tempo que se alimenta do acervo cultural de um povo, é, antes de tudo, um ato eminentemente pessoal”¹.

O direito de autor de início foi considerado como um direito individual do criador intelectual com a natureza de uma propriedade especial temporária², contudo, a verdadeira essência do Direito de Autor, não obstante ter sido objeto de profunda alteração, existem autores que consideram que (...) essa adaptação não tem de ser tão profunda quanto possa parecer à primeira vista, uma vez que, como se sabe o que é protegido é a obra imaterial³. Como

¹ SOUSA, Marcos Rogério de, *A reprodução digital de obras literárias e seus reflexos no Direito de Autor*- tese apresentada na Universidade de São Paulo em 2013 para obtenção do grau de Mestre, disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-25112016-102306/pt-br.php>, último acesso a 16/04/2018, p. 201.

² GARRETT, Almeida, *Obras de Almeida Garrett*, vol. I, Porto.

³ CADIMA, Adriana Gabriel dos Santos, *Violação Digital dos Direitos Autorais: A Internet e a Partilha de Conteúdos Protegidos nas Redes P2P através do Protocolo Bittorrent* dissertação de mestrado submetido à Universidade de Coimbra- janeiro de 2015, disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34754/1/Violacao%20Digital%20dos%20Direitos%20Autorais>

consequência desta perspectiva da imaterialidade da obra, como alvo de proteção, não é posta em causa pela Internet, “a imaterialização trazida pelo âmbito digital não contradiz em nada a essência do direito de autor” ⁴.

Mas a perspectiva individualista do direito de autor com o advento da Internet e da legislação superveniente veio suscitar o aparecimento de diferentes titulares de direitos de autor, “o reforço da proteção do Direito de Autor, a que se tem vindo a assistir, consiste, à primeira vista, numa proteção do autor, mas a realidade demonstra que essa proteção é, afinal, direcionada para as empresas de *copyright*” ⁵.

Estas alterações na titularidade dos direitos conexos, com a inclusão de produtores fonográficos ou videográficos e dos organismos de radiodifusão, não será justificável senão “pelo princípio da proteção do investimento” ⁶, que, reforce-se, não tem tido o apoio de alguma doutrina, pois que “não há criação artística” ⁷, não sendo o seu fundamento jurídico para a proteção destes titulares de direitos conexos, pois que “nunca seria possível fazer depender a proteção dos produtores de fonogramas ou de videogramas da presença ou não de criação artística nos seus produtos: a lei não dá guarida a esta distinção” ⁸.

Tendo sido constatado a relevância económica que o direito de autor e direitos conexos podiam adquirir, havia que proceder à sua regulamentação harmonizada para uma maior rentabilização da utilização destes direitos, “descobre-se então que o direito de autor tem uma

%20A%20Internet%20e%20a%20Partilha%20de%20Conteudos%20Protegidos%20nas%20Redes%20P2P%20Atraves%20do%20Protocolo%20Bittorrent.pdf., último acesso a 16/04/2018.

⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira, *Novas Tecnologias e Transformações do Direito de Autor*, in “Estudos sobre o Direito da Internet e da Sociedade da Informação, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 122, *apud* CADIMA, Adriana Gabriel dos Santos. *Violação Digital dos Direitos Autorais: A Internet e a Partilha de Conteúdos Protegidos nas Redes P2P através do Protocolo Bittorrent*, p. 18.

⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira, *Ibidem*, ob. cit., p.136, *apud* CADIMA, Adriana Gabriel dos Santos. ob. cit., p.19.

⁶ ELLINS, Julia, *Copyright Law, Urheberrecht und ihre Harmonisierung in der Europäischen Gemeinschaft (von den Anfängen bis in informationszeitaklter)*, Duncker & Humblot, Berlin 1997, *apud*, DIAS PEREIRA, Alexandre Libório. *Da Retransmissão por Cabo de Prestações Artísticas* p. 999.

⁷ ASCENSÃO, José Oliveira, *Direito Civil- Direito de Autor e Direitos Conexos*- Coimbra Editora- 2012, p. 566.

⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira, *Ibidem*, ob. cit., p. 566-567.

dimensão mercantil fundamental e que, portanto, é necessário harmonizar comunitariamente este instituto, a bem do mercado interno”⁹.

Porém, esta dimensão mercantilista do direito de autor e dos direitos conexos, vem adulterar e transfigurar o cerne do direito de autor, como era inicialmente encarado, individualizado, para se centrar nos interesses económicos dos grandes grupos económicos “o moderno direito de autor não tem como centro de gravidade o autor como pessoa física criadora no exercício da sua liberdade de criação intelectual, mas antes as empresas que operam nos mercados de comunicação e da informação”¹⁰.

No que concerne aos direitos conexos, sabe-se que esta matéria está sujeita a dois princípios estruturantes, o princípio da territorialidade e o princípio da tipicidade, ou seja, “não há direitos dos artistas, patrimoniais ou pessoais, que não sejam os que constam da lei, não há aqui nenhuma atipicidade, semelhante à que se verifica no exclusivo de exploração económica do autor”¹¹ e, como se sabe “os direitos conexos não protegem obras literárias ou artísticas, mas antes prestações artísticas e ainda as prestações empresariais, técnicas e organizativas”¹².

Esta constatação implica assim, que os direitos conexos não são homogéneos, mas antes bastante diversos”¹³, a que acresce que “no campo da música ou do cinema, é frequente os artistas serem mais célebres do que os autores das obras que interpretam ou executam”¹⁴,

⁹ DIAS PEREIRA, Alexandre Libório, *Código de Direito de Autor e a Internet*, verbo Jurídico 2002, p. 7 disponível em https://www.verbojuridico.net/doutrina/autor/cda_internet.html, último acesso a 04/05/2018.

¹⁰ DIAS PEREIRA, Alexandre Libório. *Ibidem*, ob. cit., p. 12.

¹¹ ASCENÇÃO José de Oliveira, *Direito Civil-Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p.562, *apud* DIAS PEREIRA, Alexandre Libório, *Da Retransmissão por Cabo de prestações artísticas*- p. 993.

¹² DIAS PEREIRA, Alexandre Libório, *Ibidem* ob. cit., p. 998.

¹³ SCHRICKER, Gerard, *Urheberrecht-Kommentar*, 3. Aufl., Munchen, Beck, 2006, p. 14, *apud*, DIAS PEREIRA, Alexandre Libório, *Ibidem* ob.cit., p.995.

¹⁴ ASCARELLI, Tulio, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, 3 ed., Milano, Giuffrè, 1960, p. 845, *apud* DIAS PEREIRA, Alexandre Libório, *Ibidem* ob.cit., p. 996.

interessa assim analisar como é que o poder legislativo tem procedido no atinente a estas matérias.

O Princípio da territorialidade constitui-se como um princípio estruturante, não só em relação aos direitos conexos como em relação ao direito de autor, significando que a existência e conteúdo destes direitos são matérias da competência de cada Estado soberano ¹⁵.

Iniciaremos a nossa pesquisa pela análise da radiodifusão, que representou o primeiro grande desafio a ser encarado pelo direito de autor, pois que, derivado das suas características inovadoras, potenciava a utilização de obras protegidas em grande escala. As origens do seu conceito e a sua regulamentação internacional tornaram-se fundamentais ser objeto de análise, assim como a regulamentação da radiodifusão no nosso ordenamento jurídico.

A importância do conceito de receção na radiodifusão e as várias teorias sobre este conceito a que se seguirá a análise da radiodifusão por satélite e as teorias *Bogsch* e de emissão, tão importantes para a definição da titularidade dos direitos de autor e direitos conexos. Alguns acórdãos sobre a jurisprudência emanada do Tribunal de Justiça da União Europeia e dos nossos tribunais, serão alvo de estudo pela importância da delimitação do conceito de radiodifusão e outros conceitos relacionados com este tema.

Passaremos brevemente pela radiodifusão por cabo e ainda a retransmissão por cabo, pelo que passaremos ao direito exclusivo de reprodução, conceito fundamental neste estudo, em que se analisará as suas exceções, nomeadamente as reproduções temporárias e ainda as suas limitações. Alguma jurisprudência sobre o direito de reprodução importa trazer ao estudo para melhor definição dos problemas levantados em casos concretos.

A exceção de cópia privada ao direito exclusivo de reprodução, pela importância da definição do seu conceito, aplicável não só ao direito de reprodução como aos conceitos subsequentes,

¹⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira, *Territorialidade dos Direitos de Autor e Conexos e Direito Comunitário*, Revista da Ordem dos Advogados, 1990, II, pp. 313-334, *apud* DIAS PEREIRA, Alexandre Libório, *ob.cit.*, p. 993.

que serão cronologicamente abordados e ainda a análise de alguma jurisprudência sobre estas matérias constam deste estudo.

Passaremos ao direito exclusivo de comunicação ao público, a definição do seu conceito e ainda o conceito de público e de remuneração equitativa dos titulares de direitos, a que se segue alguma jurisprudência da União Europeia e dos tribunais na nossa ordem interna, sobre este tão importante direito.

A Internet será objeto de análise, o seu conceito, o protocolo Bittorrent, as plataformas em linha e o mercado único digital, tornaram-se essenciais para um melhor entendimento da evolução que aquela tem vindo a sofrer, coadjuvado pelo desenvolvimento imparável das suas potencialidades e novos modelos de exploração de direitos de autor e direitos conexos.

O direito de colocação à disposição do público, o seu surgimento, assim como o caso particular do direito de colocação à disposição *online* para acesso *on demand*, fará parte do capítulo seguinte deste estudo. A radiodifusão retransmitida por rede informática em simultâneo, o *streaming*, será tratado no capítulo seguinte, assim como a jurisprudência sobre direito de colocação à disposição do público e ainda sobre o *streaming*.

Passar-se-á ao capítulo sobre a tutela internacional do direito de autor, onde será tratada a sua problemática, inserida nas transmissões em linha de obras protegidas, assim como na responsabilidade dos prestadores dos serviços em rede e dos utilizadores dos serviços obtidos através da Internet.

Alguma jurisprudência sobre esta matéria completará este capítulo, seguindo-se a tutela do direito de autor em caso de *streaming*. Por último a importância de se considerar a hipótese de um tribunal internacional para a Internet, será antecedido das conclusões apuradas ao longo deste trabalho.

1. A radiodifusão

Começamos a nossa pesquisa pela análise ao fenómeno da radiodifusão que veio introduzir grandes alterações no Direito de Autor, pela abrangência e enorme difusão de obras protegidas que potenciava. O seu enquadramento legal suscitou desde logo grande discussão, perante o surgimento deste novo meio de transmissão de obras protegidas, produto da evolução tecnológica. A intensidade da comunicação de obras protegidas para um público ilimitado, em contraponto com o que tinha acontecido até então, fez estremecer as bases do Direito de Autor tradicional.

Alguns princípios estruturantes do Direito de Autor, tal como o princípio da territorialidade foi posto em causa, não se compaginando com os meios de comunicação até então conhecidos, pois que a radiodifusão e inevitável globalização do acesso às obras protegidas, não eram controláveis como tinha sido até à invenção da radiodifusão.

Veremos aonde nos leva a nossa pesquisa, sendo que alguns autores consideram que “a radiodifusão é uma comunicação pública que vai desde a emissão até à potencial receção, não gozando esta de autonomia jurídica e sendo irrelevante a nível de Direito de Autor “¹⁶.

Pedro Cordeiro na sua tese de doutoramento considera que sendo um dos mais intrincados debates do Direito de Autor, defende que é “errada a equiparação entre a radiodifusão (e os restantes direitos de comunicação ao público) e o novo direito de colocação à disposição do público interativa”¹⁷.

Partimos assim da definição de radiodifusão no nosso ordenamento jurídico, para nos debruçarmos sobre a origem, a sua regulamentação internacional e as várias teorias desenvolvidas em torno do apuramento do local onde ocorre a utilização económica da obra.

¹⁶ CORDEIRO, Pedro João Fialho da Costa, *Direito de Autor e Radiodifusão-um estudo sobre o direito de radiodifusão desde os primórdios até à tecnologia digital*, coleção de teses – Almedina- 2005, p. 13.

¹⁷ CORDEIRO, Pedro João Fialho da Costa, *Ibidem*, ob.cit., p. 14.

Analisaremos ainda os vários tipos de radiodifusão, seja por satélite, por cabo, digital e o entendimento jurisprudencial que tem acompanhado especificamente cada tipo de radiodifusão.

Acresce que a determinação do âmbito do direito exclusivo de radiodifusão e das suas exceções, como veremos, tem enorme influência na remuneração dos titulares de direitos, que consideramos ser de vital importância para o tecido criativo e artístico. E, ainda, a determinação da lei aplicável e consequente tutela do direito de autor, neste mundo sem fronteiras na divulgação das obras, tem provocado grandes transformações na determinação da lei aplicável quando se trata de impedir ou violar a violação dos direitos de autor e dos direitos conexos.

No nosso ordenamento jurídico a emissão de radiodifusão é entendida como “a difusão dos sons ou de imagens, separada, ou cumulativamente, por fios ou sem fios, nomeadamente por ondas hertzianas, fibras óticas, cabo ou satélite, destinada à receção pelo público”¹⁸. Pedro Cordeiro na sua tese de doutoramento pretendeu demonstrar que existe um conceito único de radiodifusão cuja elaboração remonta ao século passado, mas que se mantém atual e continua operativo para todas as situações, tanto para o direito de autor como para os direitos conexos”¹⁹, aliás como é nosso entendimento.

Contudo, uma pequena nota sobre o conceito de “emissão da radiodifusão”, que não se deverá confundir com a obra artística nela contida, pois “a emissão é uma obra, no mesmo sentido em que se fala em obra num contrato de empreitada. Mas não é uma obra literária ou artística embora possa contê-las, mesmo não fixada, é uma realidade objetiva, diferente da obra intelectual que porventura difunda”²⁰.

¹⁸ Vertido no nº 9, do art. 176º, do CDADC.

¹⁹ CORDEIRO, Pedro João Fialho da Costa, *Ibidem*, ob. cit., p. 12.

²⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora, 2012, p.578.

Não tem qualquer corporalidade, pois que “o que costuma propriamente ser chamado a emissão, é um conjunto de sinais, transmitidos pelas ondas hertzianas (art.º 176º/9). (...) É assim uma coisa corpórea imaterial, por força do critério atrás adotado” ²¹.

1.1. Origens do conceito de radiodifusão

Vejamos que nas suas origens “a radiodifusão teve como base as descobertas do físico alemão Heinrich Hertz, que provou a existência de ondas eletromagnéticas que poderiam ser emitidas pelo espaço entre dois polos” ²², tendo tido a sua aplicação inicial na área militar e náutica e, posteriormente, na transmissão de notícias e relatórios de bolsa ²³. Segundo Dillenz ²⁴ as emissões de radiodifusão iniciaram-se na Holanda em 6 de novembro de 1919, em que foi realçado o seu carácter inovador, dado tratar-se de um fenómeno cultural, económico e político especial devido ao facto de ser direccionado para um público em massa.

Na evolução da radiodifusão para a modalidade de radiodifusão por satélite e radiodifusão por cabo e, mais recentemente, com a extraordinária descoberta da Internet, veio alterar e introduzir profundas alterações ao Direito de Autor.

Antes de avançarmos para estas novas vertentes da radiodifusão, interessa analisarmos o seu conceito e enquadramento jurídico, tanto a nível internacional como da União Europeia.

1.2 A Regulamentação internacional da radiodifusão

Após alguns esforços por parte de alguns países, nomeadamente a Alemanha em regulamentar e definir um quadro jurídico para este novo direito, foi na Conferência de Revisão de Roma, da Convenção de Berna ²⁵, que como nos diz von Ungern Sternberg, a

²¹ ASCENSÃO, José de Oliveira, *Ibidem*, ob.cit., p. 578.

²² CORDEIRO, Pedro, *Ibidem*, ob. cit., p. 23.

²³ CORDEIRO, Pedro, *Ibidem*, ob. cit., p. 23.

²⁴ DILLENZ, Walter, *Direcktsatellit und die Grenzen des Klassischen Senderechtsbegriffs*, Nomos, Baden-Baden, 1990, p. 15, *apud* CORDEIRO, Pedro, *Ibidem*, ob. cit., p. 25.

²⁵ A Convenção de Berna relativa à proteção das obras literárias e artísticas, de 9 de setembro de 1886, sofreu várias revisões, entre elas a citada revisão de Roma em 2 de junho de 1928.

radiodifusão se tornou um dos temas centrais da Conferência de Roma, passando a designar-se como a Conferência da Radiodifusão ²⁶.

O enquadramento jurídico deste novo direito suscitou alguma controvérsia, pois as opiniões dividiam-se, ora a consideravam como uma reprodução, ora uma execução ou ainda como uma recitação pública. Não obstante haver a constatação generalizada da necessidade de regulamentação deste novo direito de radiodifusão, a Conferência de Roma não logrou alcançar esse desiderato, tendo incidido sobretudo no debate sobre a existência ou não de licenças obrigatórias para regulamentar este direito.

O conceito de radiodifusão não teve a delimitação tão pretendida, tendo ficado por definir se o conceito de radiodifusão abrangia todo o processo, desde a gravação em estúdio até à efetiva receção, ou apenas parte deste processo global ²⁷. Igualmente ficou por definir se estava incluída a retransmissão, entendida em duas modalidades, ou uma emissão efetuada por outro organismo de radiodifusão, ou então a emissão pela empresa radiofónica que já realizara a emissão originária.

Nesta mesma Conferência de Roma ²⁸ houve uma tomada de posição em relação a duas situações importantes no que concerne a esta matéria, tendo sido tomado como referência o art.º 11-*bis* da Convenção de Berna, foi determinado que estaria sujeita ao direito de autor, tanto a realização de uma segunda emissão, por parte de uma estação recetora de um programa, anteriormente emitido por uma primeira estação, como a retransmissão realizada por outra empresa.

²⁶ CORDEIRO, Pedro, ob. cit., p.35.

²⁷ von HUNGERN- STERNBERG, Joachim, *Die rechte der Urheber an Rundfunk –und Drahtfunksendungen nach internationalem und deutschem Urheberrecht*, C.H. Beck, 1973, pp. 21 - 23, *apud* CORDEIRO, Pedro, *Ibidem*, ob. cit., p.37.

²⁸ Para mais informação sobre as matérias tratadas ver *Actes de la Conférence de Rome, para mais informação ver* <http://www.worldcat.org/title/actes-de-la-conference-reunie-a-rome-du-7-mai-au-2-juin-1928/oclc/16187022>, último acesso a 01-05-2018.

Na Conferência de Revisão de Bruxelas, da Convenção de Berna, em 1948, vinte anos após a de Roma, um dos objetivos foi encontrar respostas às questões suscitadas. Nesse sentido procedeu-se à substituição do termo “comunicação das obras ao público” pela expressão “radiodifusão” e determinaram a não relevância da receção efetiva das obras protegidas, não sendo em consequência sujeita ao direito de autor.

Outra das conclusões reportou-se ao significado do conceito de “retransmissão” que, com base no critério do público recetor, foi considerado como não ampliando o âmbito da emissão primitiva. Pelo contrário a “reemissão” com base no mesmo critério, ou seja, do público recetor, era configurada como um novo ato de aproveitamento, pois era dirigida a um público novo. Contudo, não obstante, apesar considerar-se fundamental delimitar o conceito de público, este não foi encontrado. Daí, que se considere que na Convenção de Berna não está consagrada nenhuma definição especial de público ²⁹.

Foi, no entanto, nesta Conferência que o art.º 11-*bis* da Convenção de Berna, conheceu a sua versão atual ³⁰, com especial relevância para o nosso estudo, configurando uma tentativa de regulamentação heterogénea com a pretensão de abarcar na totalidade os contornos do direito

²⁹ CORDEIRO, Pedro, ob. cit., p. 48.

³⁰ Art. 11º - bis da Convenção de Berna

1- Os autores das obras literárias e artísticas gozam do direito exclusivo de autorizar:

1º A radiodifusão das suas obras ou a comunicação pública dessas obras por qualquer outro meio que sirva à difusão sem fio dos sinais, sons ou imagens;

2º Qualquer comunicação pública, quer por fio, quer sem fio, da obra radiodifundida, quando essa comunicação seja feita por outro organismo que não o de origem;

3º A comunicação pública por qualquer outro instrumento análogo transmissor de sinais, sons ou imagens, da obra radiodifundida.

2. Compete às legislações dos países da União regular as condições do exercício dos direitos referidos na alínea 1) supra, mas estas condições terão um efeito estritamente limitado ao país que as tiver estabelecido. Elas não podem, em nenhum caso, atingir o direito moral do autor, nem o direito que pertence ao autor de obter uma remuneração equitativa fixada, na falta de acordo amigável, pela autoridade competente.

3. Salvo estipulação em contrário, uma autorização concedida em conformidade com a alínea 1) do presente artigo não implica autorização para gravar, por meio de instrumentos que permitam a fixação dos sons e imagens a obra radiodifundida. Fica todavia, reservado às legislações dos países da União o regime das gravações efémeras efetuadas por um organismo de radiodifusão pelos seus próprios meios e para as suas emissões. Essas legislações poderão autorizar a conservação dessas gravações nos arquivos oficiais, em razão do seu carácter excecional de documentação.

de radiodifusão, no que respeitava ao Direito de Autor, mas entendida por alguns como sendo uma visão restrita do direito de radiodifusão ³¹. Assim, o conceito de radiofusão foi entendido como a referente à emissão realizada através de ondas hertzianas, excluindo a emissão por cabo, como já tinha sido, aliás, abordada na Conferência de Roma, contudo, sem se ter logrado alcançar qualquer consenso.

Foi igualmente nesta Conferência de Bruxelas que houve um entendimento quanto à definição de “reemissão”, como sendo uma nova emissão com origem num programa proveniente do estrangeiro e configurando uma forma de comunicação pública da difusão, tendo sido estabelecida a necessidade de uma nova autorização, por parte dos titulares de direitos de autor e direitos conexos para a “reemissão” pela segunda estação.

Quanto aos elementos constitutivos do direito de radiodifusão, vertido como já vimos no art.º 11-*bis*, da Convenção de Berna, foram determinados que seriam a “comunicação pública” e a “emissão através de ondas hertzianas”. No respeitante ao entendimento das legislações nacionais no âmbito das suas faculdades, estas “entendem o conceito de público em sentido amplo, o que significa que não se devem colocar exigências particulares para considerarmos o âmbito público da radiodifusão ³². Em suma, o critério para determinação do conceito de radiodifusão, na altura, seria configurar uma emissão através de ondas hertzianas, dirigida a uma quantidade indeterminada e indiscriminada de pessoas.

Introduza-se nesta fase de pesquisa o conceito de “comunicação ao público”, que será objeto de análise mais à frente, inclusive, com exemplos de jurisprudência, para uma melhor

³¹ Von UNGERN-STERNBERG, Joachim, *Die Rechte der Urheber na Rundfunk- und Drahtfunksendungen nach internationalem und deutschem Urheberrecht*, C.H. Beck, 1973- pág. 28 *apud* CORDEIRO, Pedro, ob. cit., p. 45.

³² LOKRANTZ-BERNITZ, Annika, *Les télé satellites et le droit d’auteur*, RIDA, XVIII, Abril 1971, p. 93 e seg., *apud* CORDEIRO, Pedro, ob. cit., p. 49.

definição e limites, mas que nesta fase importa reter que na opinião de alguns ilustres juristas a “radiodifusão é tomada como uma modalidade de comunicação de obra ao público” ^{33 34}.

A Convenção Universal Sobre Direito de Autor, de 1952, na sua revisão de Paris de 1971, instituiu o conceito de radiodifusão, ficando estabelecido o mesmo sentido que na Convenção de Berna, ou seja, “o de transmissão sem fio das obras destinadas à receção pelo público” ³⁵.

A Diretiva 93/83/CEE do Conselho, de 27 de setembro de 1983 ³⁶, conhecida como a Diretiva Satélite e Cabo, também se revela pertinente nesta matéria, pois que no seu art.º 2º sob a epígrafe “Direito de radiodifusão” estabelece que “(...) os Estados –membros garantirão aos autores o direito exclusivo de autorizar a comunicação ao público por satélite de obras protegidas pelo direito de autor”.

A Diretiva 92/100/CEE do Conselho, de 19 de novembro de 1992, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos aos direitos de autor em matéria de propriedade intelectual ³⁷, também regula esta matéria da radiodifusão e da comunicação ao público das prestações dos artistas e intérpretes ³⁸.

A Diretiva 2006/115/CE, conhecida como Diretiva Aluguer e Comodato, dá uma definição de direito exclusivo de radiodifusão dos artistas ³⁹ não incluindo a radiodifusão de obras radiodifundidas que sejam já prestações radiofónicas ou efetuadas a partir de uma fixação, à

³³ STRASCHNOV, Georges, *Le droit d’auteur et les droits connexes en radiodiffusion*, Émile Bruylant (Bruxelas, 1948, pp. 16 - 18, *apud* ASCENSÃO, Oliveira ob. cit., p. 296.

³⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira, ob. cit., p. 296.

³⁵ CORDEIRO, Pedro, *ibidem*, ob. cit., p. 122.

³⁶ A Diretiva 93/83/CEE, do Conselho, de 27 de setembro de 1983, relativa à coordenação de determinadas disposições em matéria de direito de autor e direitos conexos aplicáveis à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo.

³⁷ Tendo sido sujeita à sua codificação, através da Diretiva 2006/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, devida às suas sucessivas alterações.

³⁸ Veja-se o art. 8º, nº1 desta diretiva, que no capítulo II, sobre os direitos conexos ao direito de autor, estipula que “Os Estados- Membros devem prever que os artistas intérpretes ou executantes tenham o direito exclusivo de permitir ou proibir a radiodifusão e a comunicação ao público das suas prestações, exceto se apreensão já for, por si própria, uma prestação radiodifundida ou se for efetuada a partir de uma fixação.

³⁹ Art. 8º, nº 1 da Diretiva 2006/115/CE.

semelhança do que se encontra vertido na Convenção de Roma. A Diretiva Aluguer e Comodato estabeleceu uma proteção mínima, podendo os Estados Membros alargar o direito de radiodifusão dos artistas à transmissão por cabo ou outros fios, desde que as normas da Diretiva Satélite Cabo sejam respeitadas.

Em suma, a restrição do direito exclusivo às “atuações ao vivo” (*live performances*) significa que o artista pode apenas proibir a radiodifusão ao vivo (*live broadcasts*) da sua prestação especialmente em certos eventos, como um festival de teatro ou em concerto, bem como a comunicação ao vivo (*live communication*)⁴⁰.

Como nos diz Dias Pereira “todavia, o artista já não terá qualquer direito de impedir a radiodifusão repetida (*repeated broadcasting*) da primeira radiodifusão, efetuada a partir de sua atuação pessoal, uma vez que nesse caso a prestação já é uma prestação radiodifundida ou, pelo menos, a repetição da transmissão será necessariamente que ser feita a partir da fixação da primeira radiodifusão”⁴¹.

Na Convenção de Roma de 1961, para proteção de artistas, intérpretes ou executantes, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão, está também prevista a radiodifusão⁴², que a estabelece numa redação idêntica à da Diretiva 2006/115/CE, contudo, atente-se que nesta Diretiva é estabelecido um direito exclusivo de permitir ou proibir a radiodifusão e naquela Convenção refere a faculdade de impedir a radiodifusão por parte dos artistas, intérpretes ou executantes, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão.

⁴⁰ LEWINSKY, Silke von, *Rental and Lending Rights Directive, in European Copyright Law: A Commentary*, ed. Michel Walter, Silke von Lewinsky Oxford University Press, 2010, p. 321, *apud* DIAS PEREIRA; Alexandre Libório, *Da Retransmissão por Cabo de Prestações Artísticas*, p. 1032.

⁴¹ DIAS PEREIRA, Alexandre Libório, *Da Retransmissão por Cabo de Prestações Artísticas*, p. 1032.

⁴² Art. 7º da Convenção de Roma “A proteção aos artistas intérpretes ou executantes prevista na presente Convenção compreenderá a faculdade de impedir alínea a) a radiodifusão e a comunicação ao público das suas execuções sem o seu consentimento, exceto quando a execução utilizada para a radiodifusão ou para a comunicação ao público já seja uma execução radiodifundida ou fixada num fonograma”.

1.3. A radiodifusão televisiva

A radiodifusão televisiva já encontra uma definição na Diretiva 89/552/CE ⁴³, como “a transmissão primária, com ou sem fio, terrestre ou por satélite, codificada ou não, de programas televisivos destinados ao público”. Esta diretiva veio a ser alterada pela Diretiva 97/36/CE, do Parlamento e do Conselho, de 30 de junho de 1997.

A radiodifusão televisiva inclui a comunicação de programas entre empresas com vista à sua difusão ao público. Não inclui, no entanto, os serviços de comunicações que forneçam a pedido individual, elementos de informação ou outras mensagens, como os serviços de telecópia, os bancos eletrónicos de dados e outros serviços similares.

Antes de surgir a radiodifusão por satélite, quando estavam em causa transmissões internacionais, o critério relevante para a proteção dos titulares de direitos, prendia-se com a aplicação conjugada do princípio da territorialidade e o princípio do tratamento nacional ⁴⁴, à semelhança do que se encontrava estabelecido para a radiodifusão tradicional.

Nesse sentido sempre se entendeu que a transmissão radiofónica, com ou sem fio, tinha lugar no país de emissão, sendo-lhe assim aplicada a correspondente legislação nacional, sendo irrelevante se o programa era recebido em outros países ⁴⁵. As comunicações ulteriores, ou seja, as reemissões, sendo consideradas como uma nova difusão eram reguladas pela legislação do país onde a nova difusão era realizada.

1.4. A regulamentação da radiodifusão no CDADC

A radiodifusão encontra-se contemplada no art. 68º, alínea e) do CDADC, ao estipular que o autor tem o direito exclusivo de fazer ou autorizar por si ou pelos seus representantes “ a

⁴³ Diretiva 89/552/CEE, do Conselho, de 3 de Outubro de 1989, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao exercício de atividades de radiodifusão televisiva.

⁴⁴ Confrontar o art. 5º da Convenção de Berna, o art. 2º da Convenção de Roma e o art. II da Convenção Universal do Direito de Autor.

⁴⁵ CORDEIRO, Pedro, ob. cit., p. 163.

difusão pela fotografia, telefotografia, televisão, radiofonia ou por qualquer autorizar, por si ou pelos seus representantes a fixação ou adaptação a qualquer aparelho destinado à reprodução mecânica, elétrica, eletrónica ou química e a execução pública, transmissão ou retransmissão outro processo de reprodução de sinais, sons ou imagens e a comunicação pública por altifalantes ou instrumentos análogos, por fios ou sem fios, nomeadamente por ondas hertzianas, fibras óticas, cabo ou satélite, quando essa comunicação for feita por outro organismo que não o de origem”.

O direito exclusivo de radiodifusão sonora ou visual, seja direta ou por retransmissão encontra-se vertido no art. 149º e ss. do CDADC ao dispor que “depende da autorização do autor, a radiodifusão sonora ou visual da obra, tanto direta como por retransmissão, por qualquer modo obtida”.

O conceito de retransmissão está vertido no nº 10 do artigo 176º, do mesmo diploma, “retransmissão é a emissão simultânea por um organismo de radiodifusão de uma emissão de outro organismo de radiodifusão”.

Existe ainda um outro conceito fundamental dentro desta matéria que é o de “obra radiodifundida” que encontra na disposição legal do artigo 21º, nº 1 do CDADC, como sendo “(...) a que foi criada segundo as condições especiais da utilização pela radiodifusão sonora ou visual e, bem assim, as adaptações a esses meios de comunicação de obras originariamente criadas para outra forma de utilização”.

Note-se que este conceito de obra radiodifundida se encontra inserido na Secção II do CDADC – “Da atribuição do Direito de Autor”, como sendo o que é tutelado pela emissão de radiodifusão, “mas a obra radiodifundida é simplesmente a obra literária ou artística a que a radiodifusão serve de veículo. De facto, em direito de autor a emissão de radiodifusão não é tutelada por si, mas pelas obras que comunica”⁴⁶, podendo estabelecer-se “a existência de

⁴⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil- Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora, 2012, p. 297.

duas propriedades paralelas relativas à obra: uma, a propriedade ordinária sobre o suporte material da obra; outra, a propriedade sobre um bem imaterial, obra literária ou artística”⁴⁷.

Deixa-se aqui uma breve referência aos que a lei considera serem os autores da obra radiodifundida, tal como os autores do texto, da música e da respetiva realização, bem como da adaptação, se não se tratar de obra inicialmente produzida para comunicação audiovisual⁴⁸. Como se verá adiante não há uma harmonização da autoria a nível comunitário, o que provoca graves problemas na tutela do direito de autor. O disposto sobre a obra cinematográfica é aplicado com as necessárias adaptações à obra radiodifundida⁴⁹.

Vejamos as características essenciais do conceito de radiodifusão, que tratando-se de um direito exclusivo do autor⁵⁰, carece da sua autorização para proceder à “radiodifusão sonora ou visual da obra, tanto direta como por retransmissão, por qualquer modo obtida”⁵¹.

A radiodifusão configura assim uma comunicação ao público da obra radiodifundida, que pode ter a variante de ser em lugar público e que necessita também de autorização do autor “depende igualmente de autorização a comunicação da obra em qualquer lugar público, por qualquer meio que sirva para difundir sinais, sons ou imagens”⁵².

Este preceito levanta várias questões jurídicas pertinentes, já objeto de decisões judiciais, que se têm debruçado sobre qual a configuração jurídica desta difusão da obra em lugar público “destaca-se neste campo, a questão de saber se a difusão de obra radiodifundida em local público configura uma mera receção daquela ou antes uma nova utilização (isto é, uma

⁴⁷ RECHT, Pierre, *Le Droit d 'Auteur, une nouvelle forme de propriété*, Bruxelas, 1969, p. 207 e ss. *apud* MELLO, Alberto Sá e, *Manual de Direito de Autor*, 2016, 2ª edição- Almedina, p. 358.

⁴⁸ Art. 21º, nº 2, do CDADC.

⁴⁹ Art. 124º e ss., do CDADC.

⁵⁰ Contemplado no art. 68º, nº 2 alínea e), do CDADC.

⁵¹ Art. 149º, nº 1 do CDADC.

⁵² Art. 149º, nº 2 do CDAC.

transmissão autónoma), apenas esta última exigindo a obtenção de autorização dos respetivos autores”⁵³.

Como nota final deste ponto refira-se que a radiodifusão tem repercussões, quer a nível de direito de autor, quer a nível de direitos conexos. As faculdades patrimoniais da radiodifusão são outorgadas aos autores, aos artistas intérpretes ou executantes, aos produtores de fonogramas e videogramas e aos organismos de radiodifusão^{54 55}.

1.4.1. O Parecer nº4/92, de 28/05/1992

Dentro deste âmbito trazemos ao nosso estudo este Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, que procurou pôr um ponto de ordem nesta temática tão complexa.

A origem deste Parecer foi o resultado da exposição de um problema suscitado pela Direção Geral da Inspeção Económica, no âmbito do litígio que opôs a Sociedade Portuguesa de Autores (SPA), à Federação do Comércio Retalhista Português (FCRP), em que se questionava o pagamento de direitos de autor, quando ocorria a exibição de programas televisivos ou radiofónicos em recintos públicos, nomeadamente, cafés.

Para um melhor enquadramento da situação importava delimitar o conceito de “lugar público”, expresso no CDADC como “entende-se por lugar público todo aquele a que seja oferecido o acesso, implícita ou explicitamente, mediante remuneração ou sem ela, ainda que com reserva declarada do direito de admissão”⁵⁶. O termo «comunicação» também se revestia de alguma complexidade, mas que foi entendido, neste âmbito, com o significado de “transmissão” ou “recepção de transmissão de sinais, sons ou imagens”.

⁵³ AKESTER, Patrícia, *Código de Direito de Autor e Direitos Conexos anotado*, nota ao artigo 149, p. 213.

⁵⁴ CORDEIRO, Pedro, ob.cit.,p. 13.

⁵⁵ Cfr.art.178º, nº 1 alínea a) do CDADC.

⁵⁶ Art. 149º, nº 3 do CDADC.

A delimitação de outros conceitos relevantes como o conceito de “comunicação pública” e “radiodifusão” por um lado, e o conceito de simples “recepção” da obra protegida, foram igualmente sujeitos a escrutínio pela confundibilidade que pudesse existir entre eles e que se tornava fundamental para se poderem pronunciar cabalmente sobre a questão a decidir.

A FCRP argumentava no sentido de que haveria que distinguir entre a atividade de comunicação da obra protegida, em contraponto com a recepção da obra protegida, o que faria a diferença entre a obrigação de proceder ao pagamento, ou não, dos respetivos direitos de autor. Nesse sentido alegava que as entidades recetoras da emissão, que se limitavam a captar a emissão através de aparelhos de televisão ou de rádio, sem recurso a qualquer processo técnico, sem a retransmitir, não estavam obrigadas a pagar direitos de autor.

Na perspetiva de se considerar ser uma mera recepção ou uma nova comunicação, importava diferenciar entre as disposições legais do CDADC, as que se focavam na radiodifusão e, nas outras que regulavam e definiam os outros processos destinados à reprodução de sinais, sons e imagens. De destacar neste âmbito do Parecer que a “retransmissão” se considera a radiodifusão sonora ou visual da obra por intermédio de um organismo diverso daquele que realiza as operações de radiodifusão direta.

O Parecer traz à colação para a resolução da questão colocada, o disposto na Convenção de Berna e a constatação de que “esta problemática tem sido desde há muito tempo objeto de discussão na doutrina e jurisprudência estrangeiras sobretudo a propósito da interpretação do n.º 3, da alínea 1) do art.º 11º *bis*, da CB, que dispõe que “os autores de obras literárias e artísticas gozam do direito de autorizar a comunicação pública, por alto-falantes ou por qualquer instrumento análogo transmissor de sinais, de sons ou de imagens da obra radiodifundida”⁵⁷. Tendo em consideração estes dois tipos de comunicação e ainda na

⁵⁷ Parecer, p. 25.

apologia do princípio da liberdade de receção das emissões de radiodifusão, foi traçada a fronteira entre a “mera receção” e uma “nova comunicação”.

Em termos comparativos veja-se que o entendimento atual vai no sentido de que “o princípio de liberdade de receção das emissões de radiodifusão que tenham por objeto obras literárias ou artísticas “apenas exclui a receção-transmissão envolvente de nova utilização ou aproveitamento organizados, designadamente, através de procedimentos técnicos diversos dos que integram o próprio aparelho recetor, como por exemplo altifalantes ou instrumentos análogos transmissores de sinais, sons ou imagens, incluindo as situações a que se reportam os artigos 3 e 4, do Decreto-Lei 42660, de 20 de novembro de 1959”⁵⁸.

Voltando ao Parecer em análise, ficou claro que a sua posição quanto à difusão da obra pela televisão ou pela radiofonia foi no mesmo sentido do entendimento quanto à radiodifusão, isto é, na emissão de sons ou imagens, separada ou cumulativamente, por fios ou sem fios, nomeadamente por ondas hertzianas, fibras óticas, cabo ou satélite, destinada à receção pelo público (art.º 176º, nº 9). O entendimento foi ainda que se a comunicação se circunscrevesse à comunicação de obras literárias ou artísticas radiodifundidas, não se trataria da comunicação ao público de obras fixadas em qualquer suporte material, exceto quando essa fixação fosse instrumental face ao processo de radiodifusão.

O cerne da questão era decidir se no caso em apreço se tratava de uma atividade de “comunicação da obra”, em sentido lato, acrescente-se, importando distinguir se esta era ou não realizada pelo organismo de origem. Esta distinção teria como consequência a necessária autorização do autor, quando a comunicação não fosse realizada pelo organismo de origem, ou seja, não fosse direta ao público, “a referida difusão por televisão ou radiofonia traduz-se

⁵⁸ AKESTER, Patrícia, *Ibidem*, ob. cit., nota ao artigo 149, p. 214.

na comunicação direta ao público da obra por um daqueles meios e não na injeção no éter de sons ou imagens”⁵⁹.

Um outro conceito esteve implicado nesta temática, aliás, sobejamente importante para que mereça a nossa discussão e apreciação mais à frente desta pesquisa, que se trata do conceito de “comunicação pública”, que foi entendida, à altura, como a comunicação organizada tendo em vista a sua receção pelo público, em geral, independentemente de se realizar num contexto público ou privado.

No âmbito do regime aplicável ao direito exclusivo de radiodifusão, releva se a obra foi já fixada ou não, sendo diferentes os regimes aplicáveis. Na primeira hipótese se a obra tiver sido fixada com autorização do autor e visando fins comerciais “(...) é desnecessário o consentimento especial daquele (...)”⁶⁰, sem no entanto ficar o autor privado dos seus direitos morais e de uma remuneração equitativa, o que será um limite ao direito exclusivo do autor, “cessa então, o campo de aplicação do direito exclusivo, surgindo em seu lugar, o direito a receber uma remuneração equitativa”⁶¹.

No que se refere aos organismos de radiodifusão, estes só necessitam de obtenção da autorização para difusão de uma obra, pois esta única autorização abrange todas as emissões diretas e em diferido, quando estes organismos, procedem à emissão em diferido⁶², mas não obsta a que o autor tenha o direito do autor receber a remuneração devida por cada emissão⁶³. Reforce-se que autor também tem o direito à remuneração equitativa quando se trata de uma comunicação pública de obra radiodifundida por altifalante, ou por qualquer instrumento análogo transmissor de sinais, de sons ou de imagens⁶⁴.

⁵⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira, *Lições de Direito de Autor e Direitos Conexos I*, Edição da AAFD, Lisboa, 1989/90, pp. 598 - 599.

⁶⁰ Art. 150º do CDADC.

⁶¹ AKESTER, Patrícia, *Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos anotado*, nota ao artigo 150, p. 220.

⁶² Este entendimento tem respaldo na interpretação conjugada do art. 149º, nº 2, 152º e 153º do CDADC.

⁶³ Cfr. Art. 153º, nº 1 do CDADC.

⁶⁴ Cfr. Art. 153º, nº 1 do CDADC.

É comprovado que existe uma “situação de conexão entre o direito de autor à autorização de utilização da obra intelectual e à remuneração a esta correspondente”, defendendo assim que “a comunicação em qualquer lugar público da obra radiodifundida, por qualquer meio que sirva para difundir sinais, sons e imagens a que se reportam os arts. 68º, nº 2, alínea e), e 149º, nº 2 do CDADC, abrange, naturalmente os altifalantes e análogos instrumentos transmissores, de sinais, sons e imagens previstos no artigo em apreciação”⁶⁵.

Porém, este entendimento quanto à sujeição da autorização do autor à comunicação pública da obra radiodifundida, não é unânime, como é o caso de Oliveira Ascensão ao afirmar que a comunicação pública da obra radiodifundida não está sujeita à autorização do autor, pois que “se o autor permitiu a difusão indiscriminada da obra, através da radiodifusão, nenhuma razão há para submeter ao seu critério esta pequena difusão que resulta da comunicação pública da obra radiodifundida. Só a remuneração pode estar em causa”⁶⁶.

O entendimento vertido no Parecer vai no sentido de que se a aludida comunicação não fosse realizada pelo organismo de origem que operou a atividade de emissão ou de difusão da obra, seria necessária a autorização do autor.

1.4.2. A Recomendação nº8/B/2013, de 17 de julho de 2013

Ainda com relevo no que tange a esta matéria da radiodifusão refira-se a Recomendação Nº 8/B/2013, de 17 de julho de 2013, do Provedor de Justiça Alfredo José de Sousa, que levanta algumas questões muito pertinentes quanto a esta matéria da radiodifusão e emite uma recomendação perante as questões colocadas⁶⁷.

Esta Recomendação pronuncia-se sobre o art.º 149º do CDADC, sob a epígrafe “Autorização”, inserido na *Secção VI- Da radiodifusão e outros processos destinados à reprodução dos sinais, dos sons e das imagens*.

⁶⁵ Parecer 4/92, p. 22.

⁶⁶ ASCENSÃO, Oliveira, *Direito Civil-Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra, 2012, p. 312.

⁶⁷ Disponível em http://www.provedor-jus.pt/archive/doc/Rec_08072013.pdf, último acesso a 16/01/2018.

A questão suscitada perante o Senhor Provedor de Justiça, prendia-se com a queixa apresentada pelo proprietário de um estabelecimento de restauração e bebidas, que se opôs à liquidação de remunerações equitativas, pela Sociedade Portuguesa de Autores, que incidia sobre a receção de emissões de rádio e televisão, na generalidade dos estabelecimentos abertos ao público, independentemente da sua lotação.

Como questão prévia o Senhor Provedor de Justiça referiu que tinha recomendado ao governo, em sede de trabalhos preparatórios da transposição da Diretiva nº 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, no sentido de se considerar a possibilidade de alteração das normas do CDADC.

Esta Recomendação referia-se expressamente às disposições contidas nos art.º 68º, nº 2, alínea e) (o art.º 68º refere-se às formas de utilização da obra), do art. 149º, nºs 2 e 3 (o nº 2 refere-se à autorização da comunicação da obra em qualquer lugar público, por qualquer meio que sirva para difundir sinais, sons ou imagens) e o seu nº 3, à definição do conceito de lugar público, e ainda ao art.º 155º (sobre a remuneração devida ao autor pela comunicação pública da obra radiodifundida).

O Parecer referia a necessidade de clarificar quatro pontos essenciais para a tomada de posição quanto ao litígio em apreciação; primeiro se a receção de emissões de rádio ou de televisão em lugares públicos como cafés, restaurantes, hotéis, bares e estabelecimentos análogos abertos ao público estava, ou não, sujeita a autorização específica dos autores das obras veiculadas nesses programas de rádio e televisão, em termos distintos da autorização concedida aos organismos difusores das referidas emissões.

Em segundo lugar, na eventualidade de serem admitidas situações em que a receção referida não estava dependente de autorização, proceder-se à definição precisa das condições em que tal podia ocorrer, em terceiro lugar se a receção de emissões de rádio ou televisão nos lugares supra referidos, conferia, ou não, o direito a uma remuneração específica aos autores das

obras veiculadas, através dessas emissões, em termos distintos da remuneração paga pelos organismos difusores e, por último, se caso fosse prevista a dispensa de pagamento da remuneração, então proceder-se à definição precisa das condições em que tal podia ocorrer.

Realce-se que na transposição da Diretiva da Sociedade da Informação (Diretiva 2001/29/CE), para o nosso ordenamento jurídico, efetuada pela Lei nº 50/2004, de 24 de agosto, mais tarde alterada pela Lei nº 16/2008, de 1 de abril, introduziu algumas alterações ao art.º 178º, nº 1 alínea a), do CDADC, que passou a ter a seguinte redação, no atinente ao poder de autorizar ou proibir “a radiodifusão e a comunicação ao público por qualquer meio, da sua prestação, exceto quando a prestação já seja, por si própria, uma **prestação radiodifundida** ou quando seja efetuada **a partir de uma fixação**”. (negrito nosso).

Esta alínea a) do nº 1 do art.176º do CDADC, tem levantado algumas questões, nomeadamente, a exceção ao direito de autorizar ou proibir, que se poderá dividir em duas vertentes, sendo que a primeira será “quando a prestação já seja, por si própria, uma **prestação radiodifundida**”, tem levantado algumas dúvidas na sua interpretação. A esse respeito Patrícia Akester, na anotação a este artigo diz que “ (...) este preceito não é aplicável «quando um artista intérprete ou executante haja consentido na inclusão da sua execução numa fixação de imagens ou de imagens e sons» (artigo 19 da Convenção de Roma) ⁶⁸.

E acrescenta na anotação ao mesmo artigo “com efeito, desde que um artista intérprete ou executante autorize a realização de uma fixação da sua execução num fonograma para certo fim, a Convenção de Roma não lhe reconhece o direito de proibir a realização de cópias desse fonograma que tenham a mesma finalidade” ⁶⁹. Na opinião desta especialista “autorizada a inclusão da sua execução numa fixação de imagens ou de imagens e sons, a Convenção de

⁶⁸ AKESTER, Patrícia, *Código de Direito de Autor e Direitos Conexos anotado*, p. 241.

⁶⁹ AKESTER, Patrícia *Ibidem*, ob. cit., p. 241.

Roma não reconhece ao artista intérprete ou executante o direito de proibir o uso dessa fixação, independentemente do fim a que se destina”⁷⁰.

A emissão de radiodifusão pode ser por sua vez objeto de radiodifusão, podendo ser subdividida, como lhe chama Oliveira Ascensão “a ultra - radiodifusão pode ser simultânea, ou retransmissão e diferida, ou nova transmissão”⁷¹.

No que respeita ao à radiodifusão sonora ou visual, vertido no art.º 149º do CDADC, pertinente se torna transcrever o artigo para melhor identificarmos a questões a ele subjacentes. Assim, o nº 1 do art.º 149º diz-nos que “*depende de autorização do autor a radiodifusão sonora ou visual da obra, tanto direta como por retransmissão, por qualquer modo obtida*” E o nº 2 diz-nos que “*Depende igualmente de autorização a comunicação da obra em qualquer lugar público, por qualquer meio que sirva para difundir sinais, sons ou imagens*. E o nº 3 do mesmo artigo diz que “*Entende-se por lugar público todo aquele a que seja oferecido o acesso, implícita ou explicitamente, mediante remuneração ou sem ela, ainda que com reserva declarada do direito de admissão*” (negrito nosso).

A Sociedade Portuguesa de Autores (SPA) tendo sido convidada a pronunciar-se sobre a redação do art.º 149º do CDADC, reiterou a necessidade de clarificar a questão da cobrança de direitos de autor nos casos de **comunicação pública** de televisão e rádio, acrescentando que a transposição da Diretiva 2001/29/CE, visava uma maior proteção para os autores⁷². Argumentou ainda que a diretiva ia no sentido de que qualquer comunicação ao público das obras devia ser entendida num sentido lato, incluindo todas as comunicações ao público não presente no local de onde provinham as comunicações. Nesse sentido considerava que **a**

⁷⁰ AKESTER, Patrícia, *Ibidem*, p. 241.

⁷¹ ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil- Direito de Autor e Direitos Conexos*, p. 302.

⁷² Referia-se ao art. 3º, nº 1 da Diretiva 2001/29/CE “*Os Estados membros devem prever a favor dos autores o direito exclusivo de autorizar ou proibir qualquer comunicação ao público das suas obras, por fio ou sem fio, incluindo a sua colocação à disposição do público por forma a torna-las acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido*”.

transmissão em local público de obras radiodifundida, deveria ser entendida como uma forma de comunicação pública de rádio ou televisão (negrito nosso).

A SPA acrescentou que tinha sido de sua livre e espontânea vontade não ter cobrado os direitos de autor, quando estava em causa uma “mera receção”. Mas reafirmou que sempre que fossem utilizados elementos externos ao aparelho recetor, nomeadamente colunas e amplificadores continuaria a cobrar direitos de autor. O seu *modus operandi* de coleta de direitos de autor, baseava-se no entendimento de que a comunicação de programas televisivos ou radiofónicos num lugar público, caso de um hotel, entre outros, fosse nos quartos, ou num espaço comum, constituía um ato de comunicação ao público, diferente do ato de radiodifusão, pelo que a sua utilização devia ser autorizada pela SPA, representante dos titulares de direitos de autor.

Em suma, o seu conceito de **execução pública** abrangia todas as audições e execuções tornadas audíveis ao público em qualquer lugar, quaisquer que fossem os meios e formas utilizadas, quer estes meios fossem já conhecidos e utilizados, quer viessem a ser posteriormente descobertos. (negrito nosso).

A conclusão da Recomendação do senhor Provedor no que respeitava à alteração do art.º 149º do CDADC, foi no sentido do estabelecimento de uma cláusula de razoabilidade, não exigindo nem a autorização dos autores, nem a exigência de qualquer contrapartida patrimonial, quando estivesse em causa uma mera receção das emissões de radiodifusão e televisão, através de recetores normais, contendo obras literárias ou artísticas. E acrescentou ainda que ocorresse em recetores compostos de instrumentos difusores de sons e/ou imagens. A ressalva estava em que não poderia traduzir-se numa nova utilização da obra radiodifundida, fosse através de altifalante, ou de qualquer instrumento análogo que transmitisse sinais, sons ou imagens.

1.5. A receção na radiodifusão

Pelo exposto supra, a receção na radiodifusão tem suscitado muita discussão, pois da sua clara definição pode advir, como já vimos supra, a obrigação ou não, do pagamento de uma remuneração aos titulares de direitos.

Contudo, existem algumas teorias sobre o conceito de receção e quais os seus critérios aplicados na sua demarcação. Vejam-se, brevemente, duas teorias sobre o conceito de receção na radiodifusão, que têm como fundamentos a lógica do esgotamento do direito de emissão ⁷³.

1.5.1. A teoria da “zona de receção direta”

Em consonância com a matéria supra referida e para um melhor enquadramento do conceito de público, alguns autores faziam a distinção entre zona de receção direta, entendida como de uma emissão de radiodifusão na área no interior da qual essa emissão pode ser captada por qualquer pessoa que tenha uma antena normal, que possa ser adquirida usualmente no comércio” ⁷⁴, coincidindo assim com o território nacional ou local, quando se fala em radiodifusores públicos e privados. Resultaria assim que, tendo em atenção a definição de “público”, a distribuição por cabo no interior desta zona de receção direta, não constituiria uma nova comunicação, visto que era dirigida a um público que não era novo.

Não obstante esta teoria é limitada pelo facto de que as “ondas hertzianas não podem ser encerradas em fronteiras artificiais” o que originaria a conclusão de que esta “zona de receção direta” “resulta da adição da “zona de serviço” do organismo de radiodifusão com os “fluxos transfronteiriços inevitáveis” ⁷⁵.

⁷³ DREIER, Thomas, *Kabelweiterleitung und Urheberrecht – Eine vergleichende Darstellung*, p. 49, *apud* CORDEIRO, Pedro, ob. cit., p. 70.

⁷⁴ CORDEIRO, Pedro, *Ibidem*, ob. cit., p. 69.

⁷⁵ CORDEIRO, Pedro, *ibidem*, ob. cit., p. 70.

1.5.2. A teoria da “zona de serviço”

Esta teoria desenvolveu-se a partir da teoria da zona de receção direta sendo invocadas três razões fundamentais para apoiar a sua tese, o reconhecimento de um direito autónomo relativo à difusão por cabo das obras radiodifundidas na “zona de serviço”, pelos organismos de radiodifusão, conduziria a uma dupla remuneração dos autores por um único serviço, a distribuição por cabo no âmbito da “zona de serviço”, não seria mais do que uma modalidade de receção e na Conferência de Bruxelas não se teria querido abandonar o critério do “novo público”^{76 77}.

1.6. A Radiodifusão por Satélite

Abordaremos, de seguida, especificamente a radiodifusão por satélite, que na sequência da nossa pesquisa, importa proceder à determinação do seu enquadramento e especificidades, visando um melhor entendimento do objetivo último da nossa pesquisa, que trata da radiodifusão retransmitida por rede informática em simultâneo.

A Diretiva 93/83/CEE, vulgarmente conhecida como Diretiva Satélite e Cabo, define para efeitos da aplicação da sua diretiva como satélite “qualquer satélite que opere, em bandas de frequência que, nos termos da legislação sobre telecomunicações se encontrem reservadas à radiodifusão de sinais que se destinem a ser captados pelo público ou à comunicação individual não pública”⁷⁸.

O conceito de “comunicação ao público por satélite” é entendido como “o ato de introdução, sob o controlo e a responsabilidade do organismo de radiodifusão, de sinais portadores de programas que se destinam a ser captados pelo público numa cadeia ininterrupta de comunicação conducente ao satélite e deste para a terra”⁷⁹. E, verifica-se apenas no Estado Membro onde os sinais portadores do programa são introduzidos, sob o controlo e a

⁷⁶ CORDEIRO, Pedro, *ob.cit.*, p. 71.

⁷⁷ Veja-se ainda DITTRICH, Robert, *De l'interprétation de l'article 11-bis 1) et 2) de la Convention de Berne*. DA, 1982 pp. 282 e ss.

⁷⁸ Art.1º da Diretiva Satélite e Cabo.

⁷⁹ Art. 1º, nº2 alínea a) da Diretiva Satélite e Cabo.

responsabilidade do organismo de radiodifusão, numa cadeia ininterrupta de comunicação conducente ao satélite e deste para a terra ^{80 81}.

Esta definição harmonizada a nível da União Europeia, tem como objetivo a aplicação uniforme de uma só legislação nacional, sendo que a contratualização do direito exclusivo de radiodifusão, deve obedecer à legislação sobre direito de autor e direitos conexos do Estado Membro, em que é realizada a comunicação ao público por satélite. No caso de os sinais portadores de programas serem codificados, a comunicação ao público por satélite será efetuada na condição de os meios para a descodificação da emissão serem postos à disposição do público.

A Diretiva Satélite e Cabo salvaguarda todos os programas emitidos no espaço europeu, estipulando que se o ato de comunicação ao público por satélite se verificar num país terceiro, onde não se preveja o nível de proteção que é assegurado na Comunidade Europeia, então aplicar-se-ão outras alternativas. Consequentemente, os sinais portadores de programas que tiverem sido transmitidos para o satélite, por uma estação de ligação ascendente localizada num Estado - membro, será considerado que o ato de comunicação ao público por satélite, ocorreu nesse mesmo Estado - membro.

Por outro lado, se não for utilizada uma estação de ligação ascendente, mas sim um organismo de radiodifusão constituído num Estado - membro, então considerar-se-á que esse ato de comunicação ao público por satélite, terá lugar no Estado - membro onde esse organismo de radiodifusão tem o seu estabelecimento principal.

No que respeita à radiodifusão por satélite relacionada com os direitos conexos de artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão

⁸⁰ Art.1º, nº2, alínea b) da Diretiva Satélite e Cabo.

⁸¹ Para melhor entendimento veja-se o Considerando 14 desta Diretiva, "(...) a noção de comunicação ao público por satélite, à escala comunitária; que essa definição especifica simultaneamente qual o local do acto de comunicação ao público; que é necessária uma definição desse tipo, para evitar a aplicação cumulativa de várias legislações nacionais a um mesmo ato de radiodifusão (...).

estes estão protegidos nos termos do disposto nos artigos 6º, 7º, 8º e 10º da Diretiva 92/100/CEE ⁸².

Importa definir algumas posições que se têm em tomado quanto aos vários tipos de satélites, para a sua definição e seguindo de perto Pedro Cordeiro ⁸³, podemos dividi-los em satélites ponto a ponto, que transmitem o programa desde a estação de origem até uma outra estação terrestre que procederá à distribuição do programa. Temos por outro lado os satélites de distribuição, que transmitem desde a estação de origem para várias estações de mediação, que procedem à sua comunicação pública. Por fim os satélites de radiodifusão direta, que emitem diretamente para o público.

1.6.1. A radiodifusão por satélite direta

Como vimos anteriormente e apesar de haver vários tipos de satélite, é comumente reconhecido como configurando casos de radiodifusão direta, existindo consonância de pontos de vista, quando ao facto de uma transmissão por satélites de radiodifusão direta constituir, em sentido jurídico, a radiodifusão realizada pelo organismo de origem ⁸⁴.

Tendo em conta que não existe nenhuma entidade que se interponha entre o organismo de origem e o público, cabe ao primeiro a responsabilidade de obtenção das autorizações dos titulares de direitos, podendo-se, pois, considerar que, fundamentalmente, a questão da radiodifusão direta por satélite está já regulada do ponto de vista do direito de autor ⁸⁵.

⁸² Diretiva 92/100/CEE, do Conselho, de 19 de Novembro de 1992, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos aos direitos de autor em matéria de propriedade intelectual, também conhecida como a Diretiva Aluguer e Comodato, alterada e codificada pela Diretiva 2006/115/CE.

⁸³ CORDEIRO, Pedro, ob. cit., pp. 167-168.

⁸⁴ ULMER, Eugen, *Protection des auteurs lors de la transmission par satellite des programmes de radiodiffusion*, RIDA, LXXXIII, julho 1977, p. 14 a 17, apud CORDEIRO, Pedro, ob.cit., p.181.

⁸⁵ SZILÁGYI, István, *Questions relatives à la radiodiffusion par satellite, notamment du point de vue des droits des auteurs*, DA, 1981, 163 a 171, apud CORDEIRO, Pedro, ob. cit., p.183.

Porém, a questão dos satélites diretos levanta outros problemas, nomeadamente em relação à natureza transfronteiriça dos seus fluxos, tornando impossível controlar a utilização das obras.

1.6.1.1. A teoria *Bogsh*

Na sequência da contestação da impossibilidade de controlo da utilização das obras, *von Hungern Sternberg* ao propor que no caso das transmissões por satélites diretos, os direitos dos autores fossem tutelados pela legislação dos países a que a emissão se destinasse ⁸⁶, foi o que se pode considerar “o primeiro traço daquilo a que se convencionou designar por teoria *Bogsh*” ⁸⁷.

Mas foi, no entanto, com *Katzenberger* ⁸⁸ num artigo considerado como o embrião da teoria *Bogsh*, ao tratar do capítulo correspondente à comunicação eletrónica de textos além-fronteiras, defendeu que para a generalidade dos satélites de receção direta (...) ao lado do direito do país de emissão, cumulativamente, se tenham de aplicar os ordenamentos jurídicos de Direito de Autor de todos aqueles países que se situam, pelo menos em boa parte, no âmbito de receção regular de tais emissões” ⁸⁹.

Poderemos dizer que “se o titular de direitos não for a mesma pessoa no país de emissão e no país do “âmbito de irradiação”, não é suficiente tomar apenas em atenção os direitos do titular de direitos no país de emissão; os direitos do titular de direitos no país do “âmbito de irradiação” - onde, a obra é verdadeiramente comunicada ao público – devem pelo menos prevalecer igualmente” ⁹⁰.

⁸⁶ von HUNGERN STERNBERG, Joachim, *Die Rechte der Urheber na Rundfunk- und Drahtfunksendungen nach internationalem und deutschem Urheberrecht*, C.H. Beck, 1973, p. 125, *apud* CORDEIRO, Pedro, ob.cit.p. 185.

⁸⁷ CORDEIRO, Pedro, ob. cit., p. 185.

⁸⁸ KATZENBERGER, Paul, *Urheberrechtsfragen der elektronischen Textkommunikation*, in, GRUR-Int., 1983, pp. 895 - 919, *apud* CORDEIRO, Pedro, ob. cit., p. 189.

⁸⁹ KATZENBERGER, Paul, ob.cit. p. 917, *apud* CORDEIRO, Pedro, ob. cit. p. 191.

⁹⁰ FICSOR, Mihály, *The Law of Copyright and the Internet-The 1996 WIPO Treaties, Their Interpretation and implementation*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2002, nota 509, p. 258, *apud* CORDEIRO, Pedro, ob.cit., p. 211.

1.6.1.2. A teoria da emissão

A teoria da emissão tem na sua génese as definições tradicionais de radiodifusão nas Convenções Internacionais - *maxime* na Convenção de Berna – que se opõem à aplicação das leis do país de receção, que o mesmo é dizer que radiodifusão equivaleria, em sentido jurídico, a emissão ⁹¹.

A aplicação da “teoria da emissão” significaria que o utilizador teria, unicamente, de garantir as respetivas autorizações perante aqueles a quem o legislador do país de emissão outorgasse direitos ⁹², levantando questões de ordem jurídica irresolúveis, tendo em conta a justiça desta teoria, pois implicaria que, sendo diferentes os titulares de direitos, conforme o país, não haveria harmonização legislativa quanto aos titulares de direitos.

1.6.2. A Radiodifusão por satélite indireta

Na opinião de Oliveira Ascensão “perante o direito atual o transporte de programas por satélite de comunicação indireta é um meio técnico de fazer chegar os sinais mas não é radiodifusão”⁹³ e acrescenta que “a referência do art.º 153º/3 à transmissão por satélite só abrange os satélites de radiodifusão direta” ⁹⁴.

1.7. Jurisprudência sobre a radiofusão

Para um melhor enquadramento desta temática da radiodifusão, seja televisiva ou por satélite, e, ainda neste caso, se direta ou indireta, analisaremos alguma jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, assim como alguns acórdãos nacionais.

1.7.1. Acórdãos Sabam e Agicoa (TJUE) de 13/10/2011

O Acórdão SABAM, sobre os processos C-431/09, que opôs o *Airfield NV* e *Canal Digitaal BV* à *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers (SABAAM)* e o processo

⁹¹ CORDEIRO, Pedro, ob. cit., p. 219.

⁹² CORDEIRO, Pedro, ob. cit., p. 232.

⁹³ ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil- Direito de Autor e Direitos Conexos*- Coimbra Editora, 2012, p. 307.

⁹⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira, *ibidem*, ob. cit., p. 307.

C-432/09, cujo litígio opôs a *Airfield NV* à *Agicoa Belgium BVBA* ⁹⁵. No que à nossa pesquisa concerne, vejamos quais os pedidos de decisão prejudicial submetidos ao Tribunal de Justiça da União Europeia, que tinham como objeto a interpretação dos artigos 1º, 2º, alíneas a) a c) ⁹⁶ da Diretiva 93/83/CEE ⁹⁷, também conhecida como Diretiva Satélite Cabo.

O caso reportava-se à obrigação imposta à *Airfield NV* e à *Canal Digitaal* de obtenção de autorização por parte da SABAM, para procederem a uma comunicação ao público de obras protegidas ⁹⁸. A *Airfield* era uma empresa que tinha como objetivo comercial fornecer o acesso aos serviços de televisão por satélite aos seus assinantes, através de um descodificador por satélite a um pacote de canais transmitidos por satélite, que incluíam não só os que podiam ser visualizados de forma gratuita, como também o acesso a canais codificados, devendo para tal os assinantes celebrarem um contrato de assinatura oneroso com a *Airfield*, que lhes permitia obterem um cartão de descodificação.

A *Airfield* propunha os seus produtos através dos serviços técnicos do *Canal Digitaal*, que, entre outros contratos, celebrou com a sociedade exploradora do sistema de satélite Astra ⁹⁹, a capacidade para rádio e televisão digitais, tendo subalugado à *Airfield* essa capacidade.

Relevante para a nossa pesquisa foi a ocorrência de transmissão indireta de programas televisivos, que ocorreu neste caso. Realce-se que a transmissão indireta neste caso podia ser desdobrada em duas modalidades, ou seja, na primeira os organismos de radiodifusão

⁹⁵ Disponível em www.curia.europa.eu.

⁹⁶ O art.1º define o que se entende por satélite, e o art.2º alíneas a) a c) versam sobre a comunicação ao público por satélite.

⁹⁷ Diretiva 93/83/CEE, do Conselho, de 27 de setembro de 1993, relativa à coordenação de determinadas disposições em matéria de direito de autor e direitos conexos aplicáveis à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo.

⁹⁸ SABAM -Sociedade belga de autores, compositores e editores.

⁹⁹ O sistema de satélite Astra é uma frota de satélites de comunicação, geoestacionários tanto individualmente como em grupo, que são de propriedade e operado pela SES S.A., uma operadora global de satélite com sede em Betzdorf, no leste de Luxemburgo. O nome é também usado para descrever o sistema de transmissão pan- europeu fornecida por esses satélites, os canais efetuados sobre eles, e ainda o equipamento de receção. Wikipédia, acesso a 21.03.2018.

enviavam os sinais portadores dos seus programas, por via terrestre, para os aparelhos da *Canal Digitaal*, que estavam instalados na Bélgica, que os comprimia e codificava, enviando-os de seguida por banda larga, para a sua estação nos Países Baixos. Seria esta estação que codificaria os sinais e que faria a ligação ascendente para o satélite Astra. Os assinantes teriam com o seu cartão de descodificação acesso aos programas.

Na segunda modalidade de transmissão indireta esta ocorria quando os organismos de radiodifusão transmitiam os sinais portadores dos seus programas codificados, através de um satélite, que eram captados pela *Canal Digitaal*, que os descodificava, se fosse necessário, voltava a codificá-los e enviava-os para o satélite Astra.

No que se relacionava com a transmissão direta dos programas de televisão através do pacote de canais de televisão por satélite da Airfield, os organismos de radiodifusão codificavam os próprios sinais e enviavam-nos a partir do país de origem diretamente para o satélite Astra.

A AGICOA ¹⁰⁰ foi interveniente no processo que juntamente com a SABAM tinham considerado que a *Airfield* e a *Canal Digitaal* realizavam uma radiofusão de programas televisivos. A *Airfield* e a *Canal Digitaal* contra-argumentaram no sentido de que consideravam que se tratava de uma primeira e única difusão por satélite, pelos próprios organismos de radiodifusão.

A AGICOA invocou a ilegitimidade da aplicação da Diretiva 93/83/CEE, a estes processos pois que não teriam a dimensão transfronteiriça nela prevista. Porém, o TJUE à semelhança do que já tinha decidido no processo C-403/08 e 429/08 (*Football Association Premier League*)¹⁰¹, decidiu que devido à possibilidade das comunicações ao público poderem ser rececionadas em todos os Estados Membros, gozavam, por definição de uma natureza transfronteiriça, daí a aplicação da Diretiva 93/83/CE, ao caso em apreço. Porém, deveria ser

¹⁰⁰ AGICOA é uma sociedade de gestão coletiva de direitos de autor e direitos conexos, representante dos produtores belgas e internacionais sobre filmes e outras obras audiovisuais, exceto videoclips.

¹⁰¹ Veja-se o ponto 5.3.6.

interpretada à luz das normas estabelecidas em outras diretivas, nomeadamente a Diretiva 2001/29/CEE.

Foram assim submetidas ao TJUE algumas questões prejudiciais, sendo que a primeira consistia em decidir se a Diretiva 93/83/CEE, obstava a que se impusesse ao fornecedor de televisão digital por satélite, a obrigação de obter a autorização dos titulares de direitos, numa situação em que, fosse (por via terrestre) fosse através de um sinal de satélite codificado, um organismo de radiodifusão transmitia os seus sinais portadores de programas a um fornecedor de televisão digital por satélite, independente do organismo de radiodifusão, o qual, através de uma sociedade a ele ligada, codificava e transmitia esses sinais para um satélite.

Acrescia que estes sinais eram reenviados, com autorização do organismo de radiodifusão, como parte de um pacote de canais televisivos e, portanto, agrupados, para os assinantes do fornecedor de televisão por satélite, que podiam ver os programas em simultâneo e inalterados, através da utilização de um cartão de descodificação ou de um cartão inteligente disponibilizado pelo fornecedor de televisão por satélite.

A segunda questão era decidir se a *Diretiva 93/83/CEE*, obstava a que se impusesse ao fornecedor de televisão digital por satélite, a obrigação de obter a autorização dos titulares dos direitos, numa situação em que um organismo de radiodifusão transmitia a um satélite os seus sinais portadores de programas, em conformidade com as instruções de um fornecedor de televisão digital, por satélite independente do organismo de radiodifusão, sendo depois estes sinais reenviados, com autorização do organismo de radiodifusão, como parte de um pacote de canais televisivos e, portanto, agrupados, para os assinantes do fornecedor de televisão por satélite que podiam ver os programas em simultâneo e inalterados mediante a utilização de um cartão de descodificação ou de um cartão inteligente disponibilizado pelo fornecedor de televisão por satélite

Em suma era decidir se a Diretiva 93/83/CEE, devia ser interpretada no sentido de que um fornecedor de um pacote de canais de televisão por satélite devia obter uma autorização dos

titulares dos direitos, abrangidos por uma comunicação ao público das obras, realizada no âmbito de transmissões direta e indireta de programas televisivos, como as que estavam em causa nos processos principais.

Este caso implicava uma diferença jurídica relevante em relação a outros, pois que no caso em litígio, o fornecedor de um pacote de canais de televisão por satélite, à partida, não dispunha de autorização dos titulares de direitos de autor e direitos conexos para a comunicação das suas obras por satélite, ao contrário dos organismos de televisão, o que alterava o regime jurídico aplicável.

Como já se referiu anteriormente uma nova comunicação implicaria uma nova autorização dos titulares de direitos de autor (entendido em sentido lato, abrangendo os direitos conexos), assim, no caso tratava-se de decidir se a transmissão direta e indireta de programas televisivos constituía uma única comunicação ao público por satélite, ou se implicavam duas comunicações independentes.

No atinente ao conceito de comunicação ao público por satélite, é doutrinariamente pacífico que, tanto a transmissão direta como a transmissão indireta constituem uma única comunicação ao público por satélite, quando preenchem todos os requisitos cumulativos previstos no artigo 1º, nº 2, alíneas a) e c) da Diretiva 93/83/CEE. O que se tratava neste processo era verificar se estavam preenchidos todos estes requisitos, de molde a configurar uma única comunicação ao público por satélite.

Concretizando, configuraria uma única comunicação ao público por satélite quando a comunicação fosse iniciada por um «ato de introdução» de sinais portadores de programas efetuado, sob o controlo e a responsabilidade do organismo de radiodifusão, que tivessem sido introduzidos, numa cadeia ininterrupta de comunicação conducente ao satélite e deste para a terra, e que esses sinais se destinassem a ser captados pelo público e, ainda, que os meios para decodificar a emissão, postos à disposição do público pelo organismo de

radiodifusão, ou com o seu consentimento, eram os sinais difundidos nos processos principais, de forma codificada.

Aplicando ao caso concreto, constatou-se que eram os organismos de radiodifusão que tinham o poder de controlo sobre o ato de introdução dos sinais na comunicação que conduzia ao satélite e assumiam, objetivamente, a respetiva responsabilidade. Resultava da interpretação do art.º 1º, nº 2, alínea a) da Diretiva 93/83/CEE, que é somente visado o ato de introdução de sinais portadores de programas. Acresce, que por outro lado nenhuma disposição desta Diretiva impõe a obrigatoriedade do carácter exclusivo do poder de controlo e a responsabilidade no que respeita a toda esta comunicação.

Tanto a transmissão direta como indireta preenchiam o primeiro requisito do artigo 1º, nº 2 alínea a) da Diretiva 93/83/CEE, consequentemente, nos processos principais nada obstava a que pudesse ser considerado que tinha havido qualquer interrupção na cadeia em causa, preenchendo o segundo requisito do artigo 1º, nº 2 alínea a) da Diretiva.

Quanto ao terceiro requisito, a partir do momento em que os sinais são emitidos para o satélite, são dirigidos a um público, no caso, os que têm um cartão de descodificação. Quanto ao quarto requisito, ficou provado que os dispositivos de descodificação da emissão eram disponibilizados ao público pelo fornecedor de um pacote de canais de televisão por satélite, contudo não resultava dos autos que este fornecesse os dispositivos de descodificação, sem ter obtido previamente o consentimento dos organismos de radiodifusão.

O TJUE considerou que tanto a transmissão indireta como a transmissão direta constituíam uma comunicação ao público por satélite e era assim indivisível, na aceção do art.º 1º, nº 2 alíneas a) e c) da Diretiva 93/83/CEE. Acrescentou ainda que tal constatação implicava que tinha que ser necessariamente obtida a autorização dos titulares de direitos em causa, para a comunicação ao público por satélite.

Decorria da Jurisprudência do Tribunal de Justiça que essa autorização devia ser obtida pela pessoa que iniciava essa comunicação, ou no decurso desta, quando se destinavam a um público novo. Este princípio não se aplicava quando se trata de uma entidade que apenas disponibilizava os meios técnicos para permitir ou realizar essa comunicação, como no caso do fornecedor de pacote de canais de televisão, que tornava as obras acessíveis a outro público, que não o visado pelo organismo de radiodifusão em questão.

Acrescia que um fornecedor de um pacote de canais de televisão ao reunir várias comunicações provenientes de vários organismos de radiodifusão, originava um novo produto audiovisual, alargando assim o acesso a um público novo, com objetivos económicos que não era de desconsiderar.

O entendimento do TJUE foi no sentido de que o art.º 2º da Diretiva 93/83/CEE, devia ser interpretado no sentido de que um fornecedor de um pacote de canais de televisão por satélite devia obter autorização dos titulares de direitos em causa, para a sua intervenção em transmissão direta e indireta de programas televisivos, como as que estavam em causa nos processos principais, a menos que esses titulares tivessem acordado com o organismos de radiodifusão em questão, que as obras protegidas também seriam comunicadas ao público por intermédio desse fornecedor, desde que, nesta última situação, a intervenção do dito fornecedor não tornasse as referidas obras acessíveis a um público novo.

1.7.2. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto - Proc. N° 131/11.1GEGDM.P1, de 19-09-2012

Este Acórdão do Tribunal da Relação do Porto ¹⁰² pronunciou-se sobre a controvérsia da receção-transmissão de obras radiodifundidas. A questão reportava-se a uma queixa de usurpação de direitos de autor contra um estabelecimento comercial, em que o público tinha

¹⁰² Disponível em www.dgsi.pt.

acesso às emissões de televisão através da utilização de aparelho externo, no caso, o que se denominava por *box*.

Não tendo a arguida sido pronunciada pela prática de qualquer crime, a assistente recorreu do despacho invocando que não obstante a mera receção de obras radiodifundidas não implicasse a obtenção de autorização dos autores envolvidos, como aliás já tinha sido objeto de um Parecer da Procuradoria-Geral da República de 1992 ¹⁰³, a diferença *in casu* era a utilização pela arguida de um aparelho externo, *box*, que lhe permitia ampliar o sinal.

Foi trazida à colação para dirimir o conflito a definição de “local público”, como sendo “todo aquele em que seja oferecido o acesso implícita ou explicitamente, mediante remuneração ou sem ela, ainda que com reserva declarada do direito de admissão” ¹⁰⁴. No que respeitava ao conceito de “comunicação ao público” este deveria ser entendido em sentido amplo, conforme já decidido no Acórdão SGAE (Processo C-306/05) ¹⁰⁵ e, plasmado no considerando vigésimo terceiro da Diretiva 2001/29/CE.

A assistente era uma sociedade de gestão coletiva de direitos de autor, tendo alegado que no caso em apreço configurava uma comunicação feita por um organismo de retransmissão, que não um organismo de retransmissão de origem, devendo ser considerada uma transmissão realizada perante um público novo, pois este era diferente do público visado pelo ato de comunicação originário da obra ¹⁰⁶. Em consequência tratava-se de uma utilização da obra radiodifundida diferente da transmissão efetuada pela TV Cabo, logo seria necessária a

¹⁰³ Veja-se o ponto 1.3.1, dedicado a este Parecer.

¹⁰⁴ Art. 143º, nº 3 do CDADC.

¹⁰⁵ Veja-se o ponto 3.2.5. dedicado a este processo.

¹⁰⁶ Aliás entendimento vertido no Guia da Convenção de Berna, da OMPI “O autor ao autorizar a radiodifusão da sua obra, toma apenas em consideração os utentes diretos, isto é, os detentores de aparelhos de receção que, individualmente ou na sua esfera privada ou familiar, captam as emissões. Segundo este guia, quando esta receção se destina a um círculo mais amplo, e por vezes com fins lucrativos, permite-se que uma fração nova do público desfrute da audição ou da visão de uma obra e a comunicação da emissão por altifalante ou instrumento análogo deixa de ser a mera receção da própria emissão, mas um ato independente através do qual a obra emitida é comunicada a um novo público, esta receção pública dá lugar ao direito exclusivo do autor de a autorizar”.

autorização do autor para todas as utilizações secundárias da obra, pois a utilização destas visava um fim lucrativo.

Invocou ainda que nos próprios contratos das operadoras com os clientes, constava uma cláusula que regulava as licenças relativas aos direitos de execução pública de obras musicais e/ou audiovisuais, transmitidas em locais públicos, de acordo com as tabelas e as avenças/tarifas fixadas pelas mencionadas entidades.

Releva para a apreciação deste caso que a fundamentação do despacho recorrido tinha tido como base a interpretação sobre a difusão pública de emissões de rádio ou televisão, que no caso não carecia de licença específica, pois tinham sido as próprias entidades difusoras que tinham procedido ao pagamento dos respetivos direitos de autor à TV CABO e, ainda, que a transmissão das imagens e som das obras radiodifundidas não estava a ser feita por “organismo que não o de origem”, uma vez que a imagem e som das obras radiodifundidas eram diretamente transmitidas por tal canal televisivo.

O despacho recorrido tinha assim concluído que em sintonia com vários arestos ¹⁰⁷, devido ao facto de titulares de direitos terem autorizado a radiodifusão das suas obras e, por isso, recebido dos organismos emissores a correspondente remuneração, tinham exercido os seus direitos pessoais e patrimoniais, necessários e suficientes para a atividade de mera receção pública das emissões. E acrescentava que esta interpretação não dependia do lugar em que ocorresse a emissão de obra radiodifundida, podendo este ser público ou privado. Assim, não sendo necessária a autorização do autor, este também não tinha direito à remuneração ¹⁰⁸.

O Acórdão manteve o despacho recorrido, pois considerou que a utilização da *box*, necessária à receção de emissão de televisão por cabo, não alargava o âmbito da difusão normal da obra, acrescentando que a mera receção da televisão por cabo não devia estar sujeita a um regime

¹⁰⁷ Entre outros o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 15.11.2004.

¹⁰⁸ Prevista no art. 155º do CDADC.

diferente de outras formas de radiodifusão, pois não acrescentava nem alterava o programa rececionado.

Como nos diz Oliveira Ascensão “Princípio fundamental nesta matéria é o da liberdade da receção. Poder-se-ia pensar na sujeição da receção a autorização do autor, ou pelo menos em atribuir uma remuneração ao autor em consequência da receção. Mas seria absurdo sujeitar a duas autorizações o mesmo programa, com a consequente dupla cobrança, na fonte e no destino. Na realidade, quem possuir um recetor pode utilizá-lo livremente, pois a autorização inicial para a radiodifusão abrange já a posterior receção ” ¹⁰⁹.

E mais à frente acrescenta que “a receção é livre, qualquer que seja o modo como se realiza. Não tem a ver com o uso privado. Mesmo a receção pública não altera esta situação” ¹¹⁰. Mais à frente na sua obra, o mesmo autor diz que “O artigo 149º, nº 2 do CDADC não prevê a mera receção de emissões de radiodifusão, que é livre, mas a transmissão daquelas emissões, ou seja, a atividade da receção-transmissão que pressupõe uma certa estrutura técnica organizativa que vai para além dos meros recetores de rádio ou de televisão” ¹¹¹.

Em jeito de conclusão podemos constatar que este direito à remuneração pela comunicação pública da obra radiodifundida, atribui ao autor não um direito exclusivo, mas um direito a uma remuneração equitativa ¹¹².

1.7.3. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, nº 248/12.5YHLSB.L1-1, de 5/3/2013

O que estava em causa neste processo era a execução de videogramas através de aparelhos de televisão existentes nos quartos dum hotel, sem autorização dos titulares de direitos de autor e direitos conexos, no caso representados por duas sociedades de gestão coletiva, que atuavam no licenciamento conjunto de produtores de videogramas (direito de autor e direitos

¹⁰⁹ ASCENSÃO, Oliveira, *Direito Civil-Direitos de Autor e Direitos Conexos.*, p. 301.

¹¹⁰ ASCENSÃO, Oliveira, *Ibidem* ob. cit., p. 301.

¹¹¹ ASCENSÃO, Oliveira, *Ibidem*, ob. cit., p.302.

¹¹² AKESTER, Patrícia, *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos Anotado*, p. 223.

conexos) e de artistas intérpretes e executantes e produtores de videogramas (direitos conexos).

As sociedades de gestão coletiva pediram o encerramento do Hotel, alegando que este procedia da forma habitual e continuada à execução pública, através dos aparelhos de televisão que existiam nos quartos de dormir e nos espaços públicos, de videogramas do repertório dos artistas entregue às requerentes, sem ter obtido licença para tal.

A requerida invocou a ilegitimidade das requerentes, alegando que estas não representavam a totalidade dos produtores, editores, artistas, intérpretes e executantes. Alegou ainda que se tratava de uma mera receção da emissão transmitida pelo operador, não sendo, portanto, uma transmissão ao público. Acrescentou ainda que a receção efetuada nos quartos de hotel não era pública, pois era visionada por pouca gente de cada vez.

Em primeira instância e cingindo-nos à matéria que diz respeito a nossa pesquisa, o tribunal considerou que se estava perante uma execução pública de videogramas, sujeita a autorização dos titulares de direitos. No que respeitava à remuneração equitativa e à sua divisão, foi decidido que as quantias cobradas aos utilizadores, seriam divididas entre produtores e artistas, sendo a parcela devida a estes entregue às requerentes, ou no caso em que estas não representavam um determinado artista, seria devolvida ao produtor que, por sua vez, pagaria ao artista, nos termos acordados entre este e aquele.

O Tribunal da Relação entendeu que o litígio se baseava nos direitos de licenciamento e de cobrança de remunerações, que decorriam dos direitos exclusivos dos artistas intérpretes ou executantes e dos produtores de videogramas consagrados, respetivamente, nos artigos 178º, nº 1, e 184º, nºs 2 e 3, ambos do CDADC, onde estava previsto que careciam de autorização a difusão dos videogramas por qualquer meio, incluindo a sua execução pública.

No entender do tribunal *ad quem* a questão prendia-se com a natureza da execução de videogramas, através dos aparelhos de televisão existentes no hotel e tendo em consideração

o princípio da interpretação conforme o direito da União Europeia e ainda a jurisprudência emanada do TJUE, nomeadamente o acórdão SGAE - Rafael Hotelles,¹¹³ onde se tinha pronunciado sobre qual o sentido a dar ao art. 3º, nº 1 da Diretiva 2001/29/CE ¹¹⁴.

O Tribunal da Relação de Lisboa decidiu no sentido de concluir que a conduta da requerida, ao manter aparelhos de televisão nos quartos de dormir, que se encontravam ligados e a executarem videogramas, quando tais equipamentos recebiam a emissão transmitida por uma operadora de TV, configurava os conceitos de comunicação ao público e execução pública, sendo, portanto, obrigada ao pagamento das taxas devidas.

2. A Radiodifusão por Cabo

No que releva quanto ao nosso estudo retenha-se que “a distribuição por cabo é uma modalidade de radiodifusão com as necessárias consequências jurídicas de equiparação de regime daí decorrente” ¹¹⁵.

2.1. A Retransmissão por Cabo

Chegados a este ponto da nossa pesquisa importa analisarmos o conceito de retransmissão por cabo. Em modo simples podemos dizer que as organizações de retransmissão por cabo “capturam” os sinais para serem retransmitidos por cabo, sendo assim diferentes da comunicação primária que se destina a ser rececionada pelo público, ora por via aérea ora por fio. A retransmissão por cabo, portanto qualifica-se como um ato de comunicação “secundária” para o público e, portanto é regulada como um direito separado ¹¹⁶.

¹¹³ Cfr. com o ponto 3.2.5.

¹¹⁴ Art. 3º, nº1 “Os Estados membros devem prever a favor dos autores o direito exclusivo de autorizar ou proibir qualquer comunicação ao público das suas obras, por fio ou sem fio, incluindo a sua colocação à disposição do público por forma a torná-las acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido”

¹¹⁵ CORDEIRO, Pedro, ob. cit., p. 13.

¹¹⁶ HUGENHOLTZ, P.B., *SatCab Revisited: The Past, Present and the Future of the Satellite and Cablen Directive*, European Audiovisual Observatory (2009), Issue 2009-8 of the series IRIS plus, enteteled *Convergence, Copyrights and Transfrontier Television*, p. 12 *apud Remuneration of authors and performers for the use of their works and the fixations of theirs performances*, European Commission 2015, p. 26, (tradução nossa).

2.2. A Regulamentação Internacional e da União Europeia

As normas internacionais estabelecidas sobre a retransmissão por cabo encontram-se na Convenção de Roma ¹¹⁷, no Acordo ADPIC/TRIPS ¹¹⁸, e ainda, no Tratado da OMPI sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas ¹¹⁹.

A nível comunitário esta matéria encontra-se regulamentada na Diretiva Satélite Cabo (Diretiva 93/83/CEE), na Diretiva 2006/115/CE ¹²⁰ e ainda na Diretiva 2001/29/CE ¹²¹.

Na Diretiva Satélite Cabo (Diretiva 93/83/CEE) a retransmissão por cabo é entendida como “a retransmissão ao público, simultânea, inalterada e integral, por cabo ou micro-ondas, de uma emissão primária a partir de outro Estado membro, com ou sem fio, incluindo por satélite, de programas de televisão ou rádio destinados à receção pelo público” ¹²².

Algumas particularidades do regime jurídico aplicável à retransmissão por cabo, se vertem neste capítulo, pela interpenetração de conceitos relevantes para a nossa pesquisa. Assim o conceito de “comunicação ao público” é atualmente objeto de um tratamento diferente, em termos de direito de autor, consoante seja efetuada por satélites de radiodifusão direta ou por satélites de telecomunicações (...) ¹²³. (...) os processos técnicos normais relativos a sinais portadores de programas não devem ser considerados interrupções à cadeia de radiodifusão (...) ¹²⁴.

¹¹⁷ Convenção de Roma de 1961, Convenção Internacional para a Proteção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão.

¹¹⁸ Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio, de 1994 ou Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights.

¹¹⁹ De 1996, vulgo TOIEF.

¹²⁰ Diretiva 2006/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos ao direito de autor em matéria de propriedade intelectual.

¹²¹ Diretiva 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.

¹²² art.1º, nº 3 da Diretiva 93/83/CEE.

¹²³ Considerando 6 da Diretiva 93/83/CEE.

¹²⁴ Considerando 14 da Diretiva 93/83/CEE.

Tendo em consideração que a aquisição contratual do direito exclusivo de radiodifusão deve respeitar a legislação sobre direito de autor e direitos conexos, em vigor no Estado Membro em que se verifique a comunicação ao público por satélite ¹²⁵, (...), para determinar a remuneração devida pelos direitos adquiridos, as partes devem ter em conta todos os aspetos da emissão, tais como a audiência efetiva, a audiência potencial e a versão linguística ¹²⁶.

No que respeita ao direito de retransmissão por cabo de emissões provenientes de outros Estados - membros, deve ser garantido pelos Estados - membros que “se processe, no seu território, no respeito pelo direito de autor, os titulares de direitos conexos aplicáveis e com base em contratos individuais ou acordos coletivos entre os titulares de direitos de autor, os titulares de direitos conexos e os distribuidores de cabo” ¹²⁷.

Na Diretiva 93/83/CE no que se refere à retransmissão de programas por cabo a partir de outros Estados membros, é determinado que, constitui um ato sujeito ao direito de autor e também de direitos conexos, devendo o distribuidor por cabo obter a autorização de todos os titulares de direitos, contratualmente, exceto se for prevista uma exceção temporária em função de licenças legais existentes ¹²⁸.

A tutela dos direitos conexos é alinhada pela prevista na Diretiva 92/100/CEE do Conselho, de 19 de novembro de 1992, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos de autor em matéria de propriedade intelectual ¹²⁹. O exercício do direito de retransmissão por cabo apenas pode ser exercido por entidades de gestão coletiva ¹³⁰ e na

¹²⁵ Considerando 15 da Diretiva 93/83/CEE.

¹²⁶ Considerando 17 da Diretiva 93/83/CEE.

¹²⁷ Art. 8º da Diretiva 93/83/CEE.

¹²⁸ Considerando 27.

¹²⁹ Considerando 25, ver art.4º., da Diretiva 92/100/CEE do Conselho, de 19 de novembro de 1992, que foi entretanto codificada na Diretiva 2006/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006.

¹³⁰ Art. 9º da Diretiva 93/83/CEE.

opinião de alguns autores “a Diretiva 93/83/CEE não obriga os Estados- Membros a instituírem um direito exclusivo de retransmissão por cabo para os artistas” ¹³¹.

3. O Direito exclusivo de reprodução

Não obstante a não existência de uma definição internacional clara do conceito de reprodução, nomeadamente nos principais diplomas que versam sobre matéria de direito de autor, tal como a Convenção de Berna e o Acordo TRIPS/ ADPIC, tem havido um consenso generalizado da noção do conceito de reprodução. Nesta definição estão assentes quais os pressupostos da noção de reprodução, “julgando imprescindíveis, pelo menos, a incorporação da obra num suporte material, a suscetibilidade de produção de exemplares da obra pelos sentidos humanos, de modo direto ou indireto, a partir de tais exemplares” ¹³².

O traço comum parece consistir na existência de uma materialidade subjacente à ideia de reprodução que se caracteriza, em primeiro lugar, pela presença de uma fixação por qualquer meio numa forma material ¹³³ e, consequentemente a ocorrência de uma duplicação.

Contudo, o direito da União Europeia através da Diretiva 2001/29/CE vem dispor que “Os estados membros devem prever que o direito exclusivo de autorização ou proibição de reproduções, diretas ou indiretas, temporárias ou permanentes, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte, cabe i) aos autores para as suas obras; ii) Aos artistas intérpretes ou executantes, para as fixações das suas prestações; iii) aos produtores de fonogramas para os seus fonogramas; iv) aos produtores de primeiras fixações de filmes, para o original e cópias dos seus filmes e v) aos organismos de radiodifusão, para as fixações das

¹³¹ DIAS PEREIRA, Alexandre Libório, *Da retransmissão por Cabo das Prestações Artísticas*, p. 1037.

¹³² TRABUCO, Cláudia, *Onze palavrinhas apenas... a reprodução temporária de obras e a actividade de press clipping*, pp.7 - 8.

¹³³ Em especial no direito germânico, o requisito de “fixação corpórea” (...) reveste-se de particular importância como forma de separação entre a reprodução e as situações ditas de “comunicação não corpórea” (...), que dispensam a existência dessa fixação. SCHRICKER, Gerhard, *Urheberrecht – Kommentar*, 1999, Lowenheim, § 16, pp. 333-334, *apud* TRABUCO, Cláudia, *Ibidem*, ob.cit., p. 35.

suas radiodifusões, independentemente de estas serem transmitidas por fio ou sem fio, incluindo por cabo ou satélite ¹³⁴.

O direito exclusivo de reprodução constitui parte integrante da essência do direito de autor e dos direitos conexos, sendo frequentemente identificado como núcleo central da proteção conferida por estes dois grupos de direitos ¹³⁵. Como dizia a advogada geral *Verica Trstenjak* “ [O] direito de reprodução constitui a essência do direito de autor, na medida em que comporta o direito exclusivo do autor de proibir a reprodução da sua obra” ¹³⁶.

Tal como acontece com o direito de autor em geral, o surgimento e a evolução do direito de reprodução refletem e são condicionados pelo desenvolvimento da tecnologia ¹³⁷, sendo assim encarada a digitalização como “mutação do código conceitual em que assenta o direito de autor” ¹³⁸.

Com o advento da Internet, da possibilidade infinita de fazer reproduções de obras com a facilidade de pressionar de dedos, podemos dizer “ que atualmente, em contexto digital, a reprodução passou claramente a ser a regra, não podendo mais subordinar-se a determinação da compensação à lógica do prejuízo, conceito que não está diretamente ligado à ausência de ganho dos titulares de direitos, mas sim à exploração normal da obra” ¹³⁹.

¹³⁴ Art. 2º da Diretiva 2001/29/CE.

¹³⁵ TRABUCO, Cláudia, *Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital*, p. 19.

¹³⁶ TRABUCO, Cláudia, *Com onze palavrinhas apenas... a reprodução temporária de obras e a actividade de press clipping*, p.6.

¹³⁷ Autores que caracterizam o direito de reprodução como produto da tecnologia, Craig Joyce, William Patry, Marshall Leaffer, Peter Jaszi, Copyright Law, 2000, p. 496 *apud* TRABUCO, Cláudia, *Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital*, p. 20.

¹³⁸ DIAS PEREIRA, Alexandre Libório, *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, 2001, p. 43, *apud* TRABUCO, Cláudia, *ibidem*, ob. cit., p. 20.

¹³⁹ ROCHA, Margarida Almeida, *Remuneração por cópia privada- Sentido e Alcance* in Temas da Propriedade Intelectual, Associação Portuguesa para o Estudo da Propriedade Intelectual, Grupo Português da ALAI (association Littéraire et Artistique Internationale), nºs 1-10, 202, págs. 11 e ss, *apud* SANTOS; António Paulo e ROSA; ROSA, Vitor Castro, *Comentário sobre o regime de exceção e cópia privada em Portugal e na Europa*, in Revistas Propriedades Intelectuais, nº 5- junho 2016, p.12.

Quando se fala em digitalização significa “a possibilidade de converter obras de todos os tipos que se encontram tradicionalmente incorporadas em diferentes media numa representação binária ¹⁴⁰ (obras digitalizadas), possibilitando-se assim que estas obras se venham juntar a todas aquelas que são *ab initio* criadas num formato digital “ ¹⁴¹.

No ordenamento jurídico português temos uma noção de reprodução como sendo “(...) a obtenção de cópias de uma fixação, direta ou indireta, temporária ou permanente, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte dessa fixação” ¹⁴².

No que se refere aos direitos conexos, foi comumente aceite que a estrutura destes direitos foi “decalcada” da do direito de autor e, com efeito, a regulação da necessidade de autorização pelos titulares destes direitos para reprodução das suas prestações é, com algumas particularidades, paralela à que existe no direito de autor ¹⁴³. Contudo, atente-se que a legislação vem estabelecer uma hierarquia entre os direitos de autor e os direitos conexos, referindo que estes não podem limitar a proteção conferida àqueles ¹⁴⁴.

3.1. As reproduções temporárias

Veja-se em que medida o conceito de reprodução temporária pode delimitar negativamente o direito exclusivo de reprodução. Na Diretiva 2001/29/CE estão contempladas as exceções e limitações ao direito de reprodução, como os atos de reprodução temporária referidos no artigo referente ao direito de reprodução, que sejam transitórios ou episódicos, constituindo parte integrante e essencial de um processo tecnológico (...) ¹⁴⁵.

Como nos diz Dias Pereira “ (...) vimos que a Directiva sobre o direito de autor na sociedade da informação, embora defina o direito de reprodução em termos amplos, exclui

¹⁴⁰ DREIER, Thomas, *Copyright Digitized: Philosophical Impacts and Practical Implications for Information Exchange in Digital Networks*, 1993, p. 188.

¹⁴¹ TRABUCO, Cláudia, ob. cit., p. 21.

¹⁴² Ver art. 176 n.º 7, do CDADC.

¹⁴³ TRABUCO, Cláudia ob.cit., p. 55.

¹⁴⁴ Art. 177.º do CDADC.

¹⁴⁵ Art. 5.º n.º 1 da Diretiva 2001/29/CE.

negativamente do seu âmbito de aplicação os actos de reprodução temporária, isto é, os actos transitórios e esporádicos que constituam parte integrante e essencial de um processo tecnológico cujo único objetivo seja permitir uma transmissão numa rede entre terceiros por parte de um intermediário ou uma utilização legítima de uma obra ou de outro material a realizar, e que não tenham em si, significado económico”¹⁴⁶.

3.2. Jurisprudência sobre o direito de reprodução

Existem muitos acórdãos sobre o direito de reprodução e todas as suas variantes e situações fáticas tão díspares, que nos podem elucidar melhor sobre todas as vicissitudes que podem ocorrer dentro deste tão importante direito exclusivo de reprodução. Começemos por um caso de reprodução e logo de seguida por um caso de reprodução temporária, que na sua proximidade de conceito com casos de reprodução transitória se torna fundamental a concretização da sua definição e conceito.

3.2.1. O Caso *Google*, de 13.2.2007

Este litígio opôs a *Copiepress*, uma sociedade que representava os interesses dos autores de notícias, ao *Google News*, alegando que este violava direitos de autor, direitos conexos e de proteção de dados, ao utilizar cabeçalhos e *links* dirigidos a artigos *online* da imprensa belga, sem o consentimento da *Copiepress*.

A decisão do tribunal de 1ª instância belga, foi no sentido de considerar que o *Google News* tinha retirado informações sem o consentimento dos autores de imprensa, tendo assim ocorrido violação de direitos de autor e direitos conexos, como também do direito relativo às bases de dados. A decisão do Supremo Tribunal de Bruxelas foi no sentido de que não se verificava a violação da proteção da base de dados, no entanto, decidiu no sentido de que o

¹⁴⁶ DIAS PEREIRA, Alexandre Libório, *A Liberdade de Navegação na Internet: «Browsers», «Hyperlinks», «Meta-Tags»* Estudos de Direito da Comunicação, AA. VV., Dir. António Pinto Monteiro, Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra 2002, pp. 227-260.

sistema de “*cache*”¹⁴⁷ da Google configurava uma violação aos direitos de autor, pois este sistema era o equivalente à reprodução de conteúdo protegido na imprensa belga.

O Presidente do Tribunal concluiu que o motor de busca do Google, ao alojar os conteúdos na sua memória de “*cache*”, permitia o acesso dos internautas a estes sítios e, reproduzia e difundia obras que estavam protegidas pelo direito de autor na sua modalidade *copyright*, sendo que não tinha sido requerida a sua devida autorização”¹⁴⁸. O tribunal decidiu ainda que um título ou as primeiras linhas de um artigo eram tão merecedores de proteção de *copyright* como o artigo na sua totalidade, para além de que tinha sido violado o direito moral de autoria, pois não era mencionado o nome dos autores das notícias.

3.2.2. O Caso *Infopaq/Danske* C-5/08 (TJUE), de 16/07/2009

O Caso *Infopaq International* – Processo C- 5/08¹⁴⁹, opôs a *Infopaq* uma empresa de monitoramento e análise dos *media*, cujo objetivo era o envio de artigos resumidos de jornais dinamarqueses aos seus clientes, à *Danske Dagblades Forening* (ora em diante DDF), uma associação profissional de editores de jornais dinamarqueses que, dentro do seu âmbito, providenciava auxílio jurídico aos seus membros sobre propriedade intelectual, mais concretamente sobre direitos de autor.

O que estava em causa era a interpretação dos artigos 2º e 5º da Diretiva 2001/29/CE, ou seja, o conceito de direito de reprodução e os conceitos de reprodução temporária e transitória. O caso reportava-se a um armazenamento de um excerto de um texto, de onze palavras, de uma obra protegida, tendo a sua impressão sido considerada pelo tribunal como sendo um ato de reprodução parcial do artigo onde estava inserido, na aceção do artigo 2º da Diretiva 2001/29/CE. Este ato de impressão que teve lugar num processo de captura de dados não

¹⁴⁷ Trata-se um dispositivo de acesso rápido, interno a um sistema, que serve de intermediário entre um operador de um processo e o dispositivo de armazenamento ao qual esse operador acede - wikipédia.

¹⁴⁸ ESTRELA, João Gonçalo de Oliveira, SILVA, Pedro Reis, *Relat3rio sobre Direitos de Autor na Internet (decis3o do Tribunal de 1ª inst3ncia de Bruxelas- Copiepress vs Google)*, p. 9, dispon3vel em www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/MEG_MA_12793.doc- acesso a 25/01/2018.

¹⁴⁹ Dispon3vel em www.eur-lex.europa.eu.

preenchia o requisito de carácter transitório previsto no nº 1 do artigo 5º da referida Diretiva, em consequência, não poderia ter sido realizado sem o consentimento do titular do direito.

Reforce-se que, no caso em análise “nestas condições o direito de autor na aceção do artigo 2º, alínea a) da Diretiva 2001/29/CE, só é suscetível de se aplicar em relação a um objeto que seja original, na aceção de que é uma criação intelectual do próprio autor” ¹⁵⁰. Ou seja, o que estava em causa, era se “esse excerto contém um elemento da obra que, enquanto tal, exprime a criação intelectual do próprio autor” ¹⁵¹.

Como nos diz Cláudia Trabuco “Pela primeira vez na história da sua jurisprudência, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) entendeu pronunciar-se sobre a noção de reprodução para efeitos da aplicação das regras jus-autorais vigentes no direito comunitário e, em particular, no contexto da aplicação da Diretiva 2001/29” ¹⁵².

As partes reconheceram que o processo de captura de dados *in casu* continha dois atos de reprodução, com a digitalização dos artigos impressos e a consequente criação de ficheiros TIFF (*Tagged Image File Format*), e depois a criação de ficheiros texto que resultava da conversão dos ficheiros TIFF, passando depois à impressão em suporte papel.

Em conclusão o armazenamento de um excerto de uma obra protegida de onze palavras, que teve lugar num processo de captura de dados e impressa, era suscetível de ser abrangido pelo conceito de reprodução parcial na aceção do art. 2º da Diretiva 2001/29/CE, se os elementos reproduzidos expressavam a criação intelectual do autor. E, ainda, que não configurava um

¹⁵⁰ RENDAS, Tito, SILVA, Nuno Sousa e, *Direito de Autor nos Tribunais*, Universidade Católica Editora, 2015,p. 44.

¹⁵¹ RENDAS, Tito, SILVA, Nuno Sousa e, ob. cit., p. 45.

¹⁵² TRABUCO, Cláudia, *Com onze palavrinhas apenas.....: Reprodução temporária de obras e a actividade de press clipping-* disponível em www.fd.unl.pt/docentes/docs/ma/ct_MA_13797.doc, último acesso a 19/04/2018,p.6.

ato de caráter transitório, conforme o previsto no artigo 5º, nº 1 da referida diretiva, não podendo ser realizada a sua impressão sem o consentimento do autor.

3.2.3. O Caso *Public Relations/Newspaper Ltd*, C-360/13 (TJUE), de 05/06/2014

No Processo C-360/13 que opôs a *Public Relations Consultants Association Ltd* ao *Newspaper Licensing Agency Ltd.*, em que o *Supreme Court of The United Kingdom* submeteu ao TJUE uma questão prejudicial que tinha como objeto a interpretação do art. 5º, nº 1, da Diretiva 2001/29/CE ¹⁵³.

Este caso prendia-se com a realização de cópias de um sítio Internet no ecrã e na memória de armazenamento temporário na memória “*cache*” do disco rígido durante a navegação na Internet. Ou seja, o que estava em causa era saber se havia ou não a obrigação de obtenção de uma autorização por parte dos titulares de direitos de autor, para a consulta de sítios Internet, que implicassem a realização de cópias desses sítios no ecrã do computador do utilizador e na memória de armazenamento temporário (memória *cache*) da Internet, no disco rígido desse computador.

O Tribunal de Justiça declarou que “O art. 5º da Diretiva 2001/29/CE (...) devia ser interpretado no sentido de que as cópias no ecrã de um computador do utilizador e as cópias na memória de armazenamento temporária (memória «*cache*») do disco rígido desse computador, efetuadas por um utilizador final durante a consulta de um sítio Internet, preenchiam os requisitos segundo os quais essas cópias deviam ser temporárias, transitórias ou episódicas e constituir parte integrante e essencial de um processo tecnológico, bem como os requisitos fixados no art. 5º, nº 5 desta diretiva, e podiam, por conseguinte, ser realizadas sem autorização dos titulares de direitos de autor”.

¹⁵³ Como já se referiu trata-se da Diretiva 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.

Esta conclusão foi baseada na premissa de que as cópias no ecrã eram temporárias e as cópias «cache» tem carácter episódico e são parte essencial do processo tecnológico, no processo principal, preenchendo assim os requisitos vertidos no art. 5º da Diretiva 2001/29/CE. Por outro lado, também preenchiam os requisitos do nº 5 do art. 5º, do mesmo diploma legal, diga-se, que não entravam em conflito com a exploração normal da obra e não prejudicavam legítimos interesses dos titulares de direitos.

É de notar que esta decisão contraria a tomada de posição no acórdão anterior deste estudo, pois o mesmo Tribunal neste caso considerou como sendo um ato de reprodução transitório, o armazenamento na “cache”, ao contrário da decisão anteriormente vista.

Contudo repare-se que distam cinco anos entre a prolação dos dois acórdãos e como se sabe a Jurisprudência também se vai alterando em consonância com o entendimento vigente à data dos acórdãos.

No atinente ao direito de reprodução numa faceta de reprodução em papel ou suporte semelhante efetuada através de qualquer tipo de técnica fotográfica ou qualquer outro processo com efeitos semelhantes, interessante se torna verificar qual tem sido o entendimento do Tribunal de Justiça da União Europeia.

3.2.4 O Caso *Vg Wort /Kyocera*, C-457/11 A 460/11 (TJUE), de 27/06/2013

Este processo opôs a *Verwertungsgesellschaft Wort (VG Wort)*¹⁵⁴ uma sociedade de gestão coletiva de cobrança alemã de direitos de autor, à *Kyocera*, à *Epson Deutschland GmbH*, à *Xerox GmbH* à *Cannon Deutschland GmbH*, e um outro litígio que opôs a *Fujitsu Technology Solutions GmbH* e a *Hewlett – Packard GmbH* à sociedade de gestão coletiva (*VG Wort*). Todas estas empresas negociavam em aparelhos de reprodução, impressoras e computadores, entre outros.

¹⁵⁴ Para mais informação ver <http://www.vgwort.de/>.

O que estava em causa era a interpretação dos artigos 5º e 6º da Diretiva 2001/29/CE, que como vimos supra, o art. 5º respeita às exceções e limitações ao direito de reprodução e o art. 6º refere-se à proteção das medidas de carácter tecnológico e ainda às medidas que deveriam ser implementadas pelos Estados Membros contra a neutralização de qualquer medida eficaz de carácter tecnológico.

A questão levantada pela *Verwertungsgesellschaft Wort (VG Wort)*, prendia-se com o pedido de esclarecimentos sobre a natureza das impressoras vendidas na Alemanha e a sua capacidade de impressão. A *VG Wort* peticionou que a Kyocera, a Epson e a Xerox pagassem uma remuneração, na forma de taxa sobre impressoras e computadores pessoais, entre 1 de janeiro de 2001 e 31 de dezembro de 2007.

Vejam-se algumas particularidades expressas neste acórdão sobre a distinção que se possa efetuar no que se relaciona com o artigo 5º, nº 2 e 3º da Diretiva 2001/29/CE, em que estipula que os Estados – Membros podem decidir prever exceções ou limitações ao direito exclusivo de reprodução no seu direito interno. Não obstante, se um Estado-Membro não utilizar essa faculdade, os titulares de direitos mantêm o seu direito exclusivo de autorizar ou proibir a reprodução das suas obras ou outros materiais protegidos nesse Estado.

No caso de um Estado Membro que decida excluir o direito dos titulares de direitos autorizarem a reprodução das suas obras, tal autorização não tem qualquer efeito jurídico, não tendo assim qualquer incidência na compensação equitativa, não importando se a compensação equitativa foi prevista a título obrigatório ou facultativo.

No que concerne à problemática da compensação equitativa e à semelhança do que já havia sido decidido no caso *Padawan* C-467/08 ¹⁵⁵, tratava-se de uma exceção relativa às cópias privadas, destinada a indemnizar os autores pela cópia privada das suas obras protegidas,

¹⁵⁵ Ver o ponto 4.2.2 dedicado à análise deste acórdão.

efetuadas sem a sua autorização, configurando uma contrapartida pelo prejuízo sofrido pelos autores devido à execução de cópia privada.

A decisão do tribunal de Justiça foi no sentido de que no contexto de uma exceção ou de uma limitação prevista nos n.ºs 2 ou 3 da Diretiva 2001/29/CE, um eventual ato através do qual um titular de direitos autorizou a reprodução da sua obra ou de outro material protegido, não tem nenhuma incidência na compensação equitativa, quer esta esteja prevista a título obrigatório quer a título facultativo. E acrescentou que a possibilidade de aplicar as medidas tecnológicas, previstas no art. 6.º da Diretiva 2001/29/CE, não era suscetível de afastar a condição da compensação equitativa prevista no art. 5.º, n.º 2, alínea b) desta diretiva.

O conceito de reprodução realizada através de qualquer tipo de técnica fotográfica ou de qualquer outro processo com efeitos semelhantes, na aceção do art. 5.º, n.º 2 alínea a), da Diretiva 2001/29/CE, devia ser interpretado no sentido de que inclui as reproduções efetuadas através de uma impressora ou de um computador pessoal, nos casos em que esses aparelhos estão ligados entre si.

4. A exceção de cópia privada

Avancemos agora para uma exceção ao direito exclusivo de reprodução dos autores e dos artistas e intérpretes, que tem provocado muita polémica e acesso debate doutrinário. Esta exceção tem particular relevância no mundo digital, objeto da nossa pesquisa. Começamos, então, pela abordagem do conceito de cópia privada no nosso ordenamento interno.

4.1. O conceito de cópia privada no ordenamento jurídico interno

Analisemos o conceito e o enquadramento legal sobre a exceção de cópia privada ao direito exclusivo de reprodução e a ainda a interligação com a questão da compensação equitativa. A primeira versão sobre a exceção de cópia privada, surgiu com a Lei n.º 62/98 de 01/09, “compensação pela reprodução ou gravação de obras”, tendo sido sucessivamente alterada pelas Lei n.º 50/2004, de 24/08, pela Lei n.º 49/2015, de 05/06 e já em 2017 pelo DL n.º

100/2017, de 23/08, que regulamenta o estabelecido no artigo 82º do CDADC, sobre esta matéria.

O nº 1 do artigo 82º do CDADC, diz que “ No preço de venda ao público de todos e quaisquer aparelhos mecânicos, químicos, elétricos, eletrónicos ou outros que permitam a fixação e reprodução de obras e, bem assim, de todos e quaisquer suportes materiais das fixações e reproduções que por qualquer desses meios possam obter-se, incluir-se-á uma quantia destinada a beneficiar os autores, os artistas, intérpretes ou executantes, os editores e os produtores fonográficos e videográficos”.

Ou seja, como diz o art. 2º da Lei 62/98, de 1 de setembro, “com vista a beneficiar os autores, os artistas intérpretes ou executantes, os editores e os produtores fonográficos e videográficos, uma quantia é incluída no preço de venda ou disponibilização” ¹⁵⁶ . Sendo assim aplicado a percentagem de três por cento no preço de venda, antes da aplicação do IVA.

Como nos diz Patrícia Akester “ A Lei 62/98, de 01/09, não se aplicava, pois, aos equipamentos digitais, incluindo os computadores, tendo a AGE COP ¹⁵⁷ considerado esta exclusão contrária ao espírito da diretiva ¹⁵⁸ e, tendo chamado a atenção para o facto de que dada a evolução tecnológica dos últimos anos, era de prever que os aparelhos analógicos desaparecessem brevemente do mercado e que os únicos instrumentos efetivamente usados para reprodução de obras permanecessem isentos de qualquer remuneração” ¹⁵⁹ .

¹⁵⁶ AKESTER, Patrícia, ob. cit., p. 164.

¹⁵⁷ AGE COP - Associação Para a Gestão da Cópia Privada, para mais desenvolvimentos ver <https://www.agecop.pt/>.

¹⁵⁸ Referia-se aqui à Diretiva Sociedade da Informação – Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação e que tinha como objetivo adaptar a legislação em matéria de direito de autor e direitos conexos à evolução tecnológica.

¹⁵⁹ AKESTER, Patrícia, ob. cit., p. 164.

A Lei 49/2015, de 5 de junho, tendo alterado a Lei nº 62/98, de 01/09, já prevê uma taxa a incidir sobre os suportes que armazenam conteúdos digitais ¹⁶⁰, nomeadamente CDs, “gravadores de discos compactos específicos”, incluídos no ponto 2.2 do anexo I da supra citada Lei, onde constam equipamentos e aparelhos digitais que compreendam as seguintes funções e não tenham memória ou discos rígidos ¹⁶¹.

Este Anexo I da Lei 49/2015, de 05/06, onde consta a tabela de compensação equitativa, veio a ser alterada pelo DL nº 100/2017, de 23 de agosto, que teve a preocupação de alterar a redação do descritivo dos aparelhos sujeitos à taxa de compensação equitativa, nomeadamente no ponto 2.3 alínea q), onde releva a alteração introduzida quando diz expressamente “(...) que permitam o armazenamento de quaisquer obras, prestações ou outros conteúdos protegidos”.

A implementação da compensação equitativa sobre a cópia privada não tem tido o apoio de alguma doutrina que questiona não só a legitimidade do editor para a receber, como inclusive da sua própria razão de existir. Como nos diz José Alberto Coelho Vieira “Nesta ordem de ideias, a instituição do uso privado, repercutindo-se embora potencialmente na exploração da obra ou prestação protegida, não tem de ser forçosamente acompanhada de uma forma de remuneração ao titular do direito ” ¹⁶².

De igual modo a AGEFE ¹⁶³ aquando da discussão do projeto de Lei 118/XII, que mais tarde viria a resultar na Lei nº 49/2015, de 1 de setembro, invocou que, em outros países europeus, nomeadamente em Espanha, já tinha sido abandonado o sistema da cópia privada, tal como ela era entendida no nosso ordenamento jurídico. E vai mais longe quando afirmou que “com

¹⁶⁰ Confronte-se com o anexo I da Lei nº 49/2015, de 5.5, onde consta a tabela de compensação equitativa.

¹⁶¹ Para mais informação veja-se o Guia prático para o Cumprimento das Obrigações Estabelecidas na Lei nº 62/98, de 1 de setembro, com a Redação resultante da Lei nº 49/2015, de 05 de junho- Compensação devida pela reprodução ou gravação de obras-, disponível em www.agecop.pt/pdf/guiapratico.pdf, último acesso a 14.3.2018.

¹⁶² VIEIRA, José Alberto Coelho, *A Cópia Privada e o seu Regime de Compensação* Revista de Direito Intelectual nº 1-2016- Almedina, p. 63.

¹⁶³ AGEFE- Associação Empresarial dos Sectores Elétrico, Eletrodoméstico, Fotográfico e Eletrónico.

efeito, é hoje jurisprudência comunitária assente que a aplicação sem distinção, de uma taxa para compensação pela cópia privada no que respeita a todos os tipos de equipamentos, aparelhos e suportes de reprodução digital, incluindo os casos em que estes são adquiridos por pessoas não singulares, para fins manifestamente estranhos ao da cópia privada, não é conforme à Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação”¹⁶⁴.

4.2. Jurisprudência sobre a cópia privada

Vejam-se alguns casos em que esteve em causa a exceção da cópia privada, o direito exclusivo de reprodução e a sua interligação com a questão da compensação equitativa.

4.2.1. O Caso Amazon/ Austro – Mechana, C-572/11 (TJUE), de 12.01.2012

O processo C-572/11 opôs a *Amazon.com International Sales Inc.*, a *Amazon EU Sàrl*, a *Amazon.de GmbH*, a *Amazon.com GmbH* e a *Amazon Logistik GmbH* à *Austro- Mechana Gesellschaft sur Wahrnehmung-musikalischer Urheberrechte Gesellschaft mbH*.

O litígio opunha a *Austro-Mechana* à *Amazon*, a primeira como sociedade de gestão coletiva dos direitos de autores e dos titulares de direitos conexos, que pedia o pagamento da compensação equitativa pela comercialização de suportes de gravação, previstos na ordem jurídica austríaca, à segunda, uma empresa internacional que comercializava produtos pela Internet, incluindo suportes de gravação.

O *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal), sujeitou ao TJUE duas questões prejudiciais em relação à interpretação do artigo 5º, nº 2 alínea a) e b) da Diretiva 2001/29/CE. Na alínea a) está escrito que “os Estados Membros podem prever exceções ou limitações ao direito de reprodução previsto no art. 2º nos seguintes casos “em relação à reprodução em papel ou

¹⁶⁴ Documento *Projecto de Alteração à Lei da Cópia Privada* dirigido ao Presidente da Comissão Parlamentar de Educação, Ciência e Cultura, em 9 de janeiro de 2012, disponível em www.agefe.pt, último acesso a 14/05/2018.

suporte semelhante, realizada através de qualquer tipo de técnica fotográfica ou de qualquer outro processo com efeitos semelhantes, com exceção das partituras, desde que os titulares dos direitos obtenham uma compensação equitativa”.

A alínea b) do mesmo art.5º, estipula que também se devem prever exceções ou limitações ao direito de reprodução previsto no art. 2º, do mesmo diploma legal dispondo que “em relação às reproduções em qualquer meio efetuadas por uma pessoa singular para uso privado e sem fins comerciais diretos ou indiretos, desde que os titulares dos direitos obtenham uma compensação equitativa que tome em conta a aplicação ou a não aplicação de medidas de carácter tecnológico, referidas no art. 6º, à obra ou outro material em causa”.

Outra questão sob escrutínio era saber se no caso de reproduções com recurso a impressoras constituíam ou não reproduções realizadas através de qualquer tipo de técnica fotográfica ou de qualquer outro processo com efeitos semelhantes na aceção do art. 5º, nº 2, alínea a) da Diretiva 2001/29/CE. E, ainda, se na possibilidade de aplicação de medidas de carácter tecnológico, de acordo com o disposto no art. 6º da Diretiva 2001/29/CE, este facto afastava a obrigação de uma compensação equitativa, na aceção do artigo 5º, nº 2, alínea b) da diretiva.

O Tribunal decidiu que mesmo na hipótese de um Estado Membro não prever a aplicação da exceção relativa às cópias privadas, não afastava a compensação equitativa devida aos titulares de direitos.

No que se refere à adoção de medidas de carácter tecnológico pelos titulares de direitos com o objetivo de impedir ou restringir reproduções, não autorizadas pelos Estados Membros, foi entendimento do Tribunal que consistia num direito legítimo destes, de forma a garantir a exceção relativa às cópias para uso privado, devendo os Estados Membros adotar medidas para a implementação de medidas eficazes contra qualquer modo de neutralização destas medidas ¹⁶⁵.

¹⁶⁵ Cfr. art. 6º da Diretiva 2001/29/CE.

O Tribunal no que respeitava à questão das medidas tecnológicas *versus* compensação equitativa, foi no sentido de que a possibilidade de serem aplicadas medidas de carácter tecnológico, não era suscetível de afastar a obrigação da compensação equitativa

Outra questão prendia-se com a condição plasmada no art.5º, nº 2, alínea a) e b), da Diretiva 2001/29, em conjugação com a possibilidade de uma compensação equitativa ser afastada caso os titulares do direito tivessem autorizado de forma expressa ou tácita a reprodução das suas obras. O Tribunal decidiu que o direito de reprodução na aceção do art. 5º, nº 2, alínea a), devia ser interpretado no sentido de que incluía as reproduções efetuadas através de impressora e de computador pessoal, especialmente, quando estes estavam ligados entre si.

O Tribunal realçou a diferença relevante no âmbito das alíneas a) e b) deste citado artigo 5º, referindo que na primeira alínea se aplica à reprodução em papel ou em suporte semelhante, afastando assim as reproduções não analógicas, na segunda estão contempladas as reproduções em qualquer meio. Neste sentido deve-se excluir do âmbito da alínea a), as reproduções não analógicas. Porém, curiosamente, no caso em apreciação o Tribunal considerou que poderiam estar englobados nesta alínea a) do art. 5º, nº 1, a utilização de diferentes aparelhos, incluindo os que possuíam finalidades digitais.

Relativamente à compensação equitativa, e à semelhança do que já tinha sido decidido no Acórdão *Stichting de Thuiskopie* C-462/09, esta obrigação devia ser assegurada pela pessoa causadora do prejuízo, diga-se, o particular. Mas perante a impossibilidade óbvia de determinação dos particulares em falta, o tribunal entendeu que esta obrigação poderia ser realizada através de uma taxa por cópia privada, a serem pagas pelas pessoas que disponibilizam esses equipamentos, nomeadamente aparelhos de suportes de reprodução digital.

Em conclusão o Tribunal considerou que a reprodução que fosse realizada através de qualquer tipo de técnica fotográfica ou de qualquer outro processo com «efeitos semelhantes» na aceção do art. 5º, nº 2, alínea a) da Diretiva 2001/29, devia ser interpretado no sentido de

que incluía as reproduções efetuadas através de uma impressora ou de um computador pessoal, nos casos em que esses aparelhos estão ligados entre si”.

4.2.2. O Caso *Padawan* C-467/08, de 21/10/2010.

O Caso *Padawan* teve a ver com a exceção de cópia privada para uso privado e o conceito de compensação equitativa. O litígio opôs a *Padawan Sl*, comercializadora de CD-ROM DVDs e aparelhos MP3 à SGAE ¹⁶⁶, em que intervieram a EGEDA ¹⁶⁷, a AIE ¹⁶⁸, a AGEDI ¹⁶⁹ e o CEDRO ¹⁷⁰.

O litígio opunha a SGAE que exigia da *Padawan* o pagamento da taxa por cópia privada, prevista na lei espanhola, tendo esta recusado tal pagamento, argumentando que a aplicação a estes suportes digitais, sem distinção e independentemente da função à qual eram destinados, com referência à possibilidade de serem usados numa atividade profissional ou comercial, seria contrária à Diretiva 2001/29/CE.

Foram submetidas ao Tribunal de Justiça da União Europeia cinco questões prejudiciais, sendo a primeira: saber se o conceito de “compensação equitativa” previsto no artigo 5º, nº 2, alínea b) da Diretiva 2001/29/CE, implicaria uma harmonização, independentemente da faculdade reconhecida aos Estados Membros de escolherem os sistemas de cobrança que consideravam pertinentes para tornar efetivo o direito a uma “compensação equitativa” dos titulares dos direitos de propriedade intelectual, afetados pela exceção da cópia privada ao direito de reprodução.

A segunda questão tratava de saber se independentemente do sistema utilizado por cada Estado - Membro para a determinação da compensação equitativa, este devia respeitar um justo equilíbrio entre os afetados que são, por um lado, os titulares de direitos de propriedade

¹⁶⁶ Sociedad General de Autores Y Editores de España.

¹⁶⁷ Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales.

¹⁶⁸ Asociación de Artistas Intérpretes o Ejecutantes –Sociedad de Gestión de España.

¹⁶⁹ Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales.

¹⁷⁰ Centro Español de Derechos Reprográficos.

intelectual abrangidos pela exceção de cópia privada, e, por outro, os obrigados direta ou indiretamente ao pagamento. E se este equilíbrio era determinado pela justificação da compensação equitativa, que seria atenuar o prejuízo resultante da cópia privada.

A terceira questão era determinar se nos casos em que um Estado - Membro optasse por um sistema de taxa sobre os equipamentos, aparelhos e materiais de reprodução digital, essa taxa devia estar necessariamente relacionada de acordo com a finalidade prosseguida pelo artigo 5º, nº 2, alínea b) da Diretiva 2001/29. E, se no contexto desta norma, com o presumível uso desses equipamentos e materiais para a realização de reproduções, abrangidas pela exceção de cópia privada, a aplicação da taxa estava justificada, quando presumivelmente os equipamentos, aparelhos e materiais de reprodução digital se destinavam a realizar cópias privadas e não no caso contrário.

A quarta questão era saber se caso um Estado – Membro que optasse por um sistema de “taxa” por cópia privada, estava em conformidade com o conceito de “compensação equitativa”, como a aplicação indiscriminada da referida “taxa” a empresas e profissionais que adquirissem os aparelhos e suportes de reprodução digital para finalidades alheias à cópia privada.

A quinta questão era saber se o sistema adotado pelo Estado espanhol, que consistia em aplicar a taxa por cópia privada a todos os equipamentos, aparelhos e materiais de reprodução digital de forma indiscriminada, estava a violar a Diretiva 2001/29/CE, pela não existência de uma adequada correspondência entre a compensação equitativa e a limitação do direito de reprodução por cópia privada que a justificasse, ao aplicar-se em grande medida a casos diferentes, em que não existia a limitação de direitos que justificava a compensação económica.

A SGAE excecionou a ilegitimidade do TJUE de apreciar as questões colocadas, por respeitarem a situações de direito interno não harmonizadas pela Diretiva 2001/29/CE, invocando que eram aspetos da competência dos Estados Membros. O TJUE considerou que

fazia parte do mérito das questões submetidas e não da admissibilidade destas, dado que a Diretiva 2001/29/CE previa apenas uma harmonização mínima na matéria.

O TJUE salientou que nem o artigo 5º, nº 2 alínea b), nem nenhuma outra disposição da Diretiva 2001/29, consagrava uma remissão para o direito nacional dos Estados - membros, facto que levou a jurisprudência do TJUE, tendo em conta a aplicação uniforme do direito da União e do princípio da igualdade, a decidir que o seu sentido e alcance deviam ser interpretados de modo autónomo e uniforme em todos os Estados Membros.

A Decisão do TJUE foi no sentido de que o regime da exceção de cópia privada devia adotar um sistema para compensar o prejuízo causado aos titulares de direitos, sendo que a realização de uma cópia por uma pessoa singular, agindo a título privado, devia ser considerada um ato de natureza a provocar um prejuízo para o autor da obra em causa. Acrescentou ainda que decorria da mera capacidade destes equipamentos ou destes aparelhos para realizar cópias para justificar a aplicação da taxa por cópia privada, na condição de os referidos equipamentos ou aparelhos serem disponibilizados a pessoas singulares enquanto utilizadores privados

Posterior a esta decisão no acórdão do TJUE, de 16 de junho de 2011, no processo C-462/09, sobre a cópia privada, o litígio que opôs a *Stitching Brein* contra a *Opus Supplies Deutschland GmbH, Mijndert van der Lee e Hananja van der Lee*, o Tribunal declarou nas suas conclusões que o artigo 5º, nº 2, alínea b), devia ser interpretado no sentido de que o utilizador final que efetua, a título privado, a reprodução de uma obra protegida deve, em princípio, ser considerado devedor da compensação equitativa prevista no referido nº 2, alínea b). Considerou ainda que esta taxa por cópia privada poderia ficar a cargo das pessoas que disponibilizam os equipamentos.

Declarou ainda que era obrigação do Estado Membro que instituiu um sistema de cópia privada, garantir que os autores recebam efetivamente a compensação destinada a ressarcirlos do prejuízo.

5. O direito exclusivo de comunicação ao público

Vejamos agora qual o enquadramento jurídico deste novo direito que teve a sua origem na radiodifusão.

5.1. O conceito de direito exclusivo de comunicação ao público

Conceito e figura jurídica já abordada anteriormente mas que releva delimitá-la e concetualizá-la pela sua dimensão prática e que tem suscitado muita polémica. Este conceito de comunicação ao público, com repercussões no direito de colocação à disposição do público, como veremos mais adiante, teve a sua primeira consagração na Diretiva 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.

No nº 1 do artigo 3º desta Diretiva, cuja epígrafe é “Direito de comunicação de obras ao público, incluindo o direito de colocar à sua disposição outro material”, diz-nos que: “Os Estados – Membros devem prever a favor dos autores o **direito exclusivo de autorizar ou proibir qualquer comunicação ao público das suas obras**, por fio ou sem fio, incluindo a sua colocação à disposição do público por forma a torná-las acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido” (negrito nosso).

As questões que se levantam com a caracterização de uma comunicação ao público têm a ver com o facultar o acesso a obras protegidas por parte de um utilizador terceiro, os conceitos de público e de público novo em relação à autorização dada pelo titular do direito do seu desempenho. Há que considerar ainda o carácter lucrativo ou não da comunicação ao público e ainda se o público teve e manifestou vontade de ter acesso a tais obras ou apenas foi colocado na situação de usufruir as obras.

Este conceito é reiterado na Diretiva 2006/115/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa ao aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos ao direito de autor em matéria de propriedade intelectual, no seu artigo 8º, nº 2, com

diferente aceção “Os Estados – Membros devem prever um **direito que garanta**, não só o pagamento de uma remuneração equitativa única pelos utilizadores que usem fonogramas publicados com fins comerciais ou suas reproduções em emissões radiodifundidas por ondas radioelétricas ou em **qualquer tipo de comunicações ao público**, mas também a partilha de tal remuneração pelos artistas intérpretes ou executantes e pelos produtores dos fonogramas assim utilizados (...). (negrito nosso).

Este conceito também se encontra vertido no Acordo TRIPS/ADPIC ¹⁷¹, no seu artigo 14º, nº 1 que diz “No que diz respeito à fixação da sua execução num fonograma, os artistas intérpretes ou executantes terão a possibilidade de impedir a realização, sem o seu consentimento, dos seguintes atos: a fixação da sua execução não fixada e a reprodução dessa fixação. Os artistas intérpretes ou executantes terão igualmente **a possibilidade de impedir a realização**, sem o seu consentimento, dos seguintes atos: a radiodifusão por meio de ondas radioelétricas e a **comunicação ao público** das suas execuções ao vivo” (negrito nosso).

Ainda o nº 6 deste artigo que versa sobre exceções e limitações ao direito de comunicação ao público estipula que “Os membros podem, relativamente aos direitos conferidos ao abrigo dos nºs 1, 2 e 3, prever condições, limitações, exceções e reservas na medida autorizada pela Convenção de Roma. No entanto, as disposições do artigo 18º da Convenção de Berna (1971) aplicar-se-ão igualmente, *mutatis mutandis*, aos direitos dos artistas intérpretes ou executantes e dos produtores de fonogramas.

Também se encontra contemplado no Tratado da OMPI sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas (ora em diante TOIEF)¹⁷², no seu artigo 2º, alínea g), quando define “comunicação ao público” como “de uma interpretação ou execução ou de um fonograma, a

¹⁷¹ Acordo TRIPS/ADPIC - Acordo sobre os aspetos dos direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio, constitui o anexo 1 C do Acordo que institui a Organização Mundial do Comércio, assinado em 15 de abril de 1994 em Marraquexe e aprovado pela Decisão 94/800/CE do Conselho, de 22 de dezembro de 1994.

¹⁷² Adotado em Genebra a 20 de dezembro de 1996, pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual.

transmissão ao público, por qualquer meio que não seja radiodifusão, de sons de uma interpretação ou execução ou os sons ou representações de sons fixados num fonograma (...).

Igualmente no Tratado da OMPI sobre Direito de Autor, de 1996 (ora em diante TODA), no seu artigo 8º estabelece que “Sem prejuízo das disposições dos artigos 11º 1) (ii), 11º - bis 1) e (ii), 11º- ter 1) (ii), 14º 1) (ii) e 14º- bis 1) da Convenção de Berna, os autores de obras literárias e artísticas gozam do **direito exclusivo de autorizar qualquer comunicação ao público das suas obras, por fio ou sem fio**, incluindo a colocação à disposição do público das obras, de maneira que membros do público possam ter acesso a estas obras num lugar e num momento que individualmente escolherem” (*negrito nosso*).

Ainda na Convenção de Roma para a Proteção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão de 1961, no seu artigo 12º, diz que “Quando um fonograma publicado com fins comerciais ou uma reprodução desse fonograma forem utilizados diretamente pela radiodifusão ou para **qualquer comunicação ao público**, o utilizador **pagará uma remuneração equitativa e única** aos artistas intérpretes ou executantes ou aos produtores de fonogramas ou aos dois. Na falta de acordo entre eles, a legislação nacional poderá determinar as condições de repartição desta remuneração” (*negrito nosso*).

Na Diretiva 2006/115/CEE- Diretiva Aluguer e Comodato, encontra-se consagrado no seu art.8º, nº 1, no atinente aos artistas intérpretes ou executantes, exceto se a prestação já for uma prestação radiodifundida ou se for efetuada a partir de uma fixação. A relevância de se considerar o ato como uma comunicação ao público pressupõe a obrigação de remunerar os titulares de direitos.

5.2. O conceito de público

Parte integrante deste conceito de comunicação ao público é a definição de público, não tendo sido contudo objeto de definição, nomeadamente pela Convenção de Berna que não estabelece qualquer definição especial de público.

Nesse sentido, têm entendido as legislações nacionais dos vários Estados Membros que o conceito de público deve ser entendido num sentido amplo. Este entendimento terá como consequência que não deverão ser consideradas exigências particulares para se considerar o âmbito público da radiodifusão ¹⁷³.

Como se verá veremos mais adiante será de extrema importância, sendo que neste âmbito, pode-se dizer “o que importa é que a emissão se dirija a um número indeterminado e indiscriminado de pessoas, sem quaisquer exigências quantitativas ou demarcações territoriais” ¹⁷⁴.

No entanto, no âmbito do nosso ordenamento jurídico interno, esta questão tem sido alvo de muita controvérsia jurisprudencial, quando está em causa o conceito de comunicação ao público, que engloba a radiodifusão, como veremos.

5.3. A remuneração equitativa

No que concerne à remuneração dos titulares e consequentemente com a tutela dos direitos de propriedade intelectual, objeto do nosso estudo, realce-se que a diretiva 93/83/CEE (diretiva Satélite e Cabo), estabelece já algumas orientações sobre as questões que possam influenciar o montante remuneratório dos titulares de direitos, tais como a audiência efetiva, a audiência potencial e a versão linguística (considerando 17).

5.3.1. A remuneração dos titulares de direitos

No que respeita à remuneração dos titulares de direitos, o art. nº 8, nº 2 da Diretiva 2006/115/CE, inserido no Capítulo II dos Direitos Conexos ao Direito de Autor, estabelece que “ Os Estados – Membros devem prever um direito que garanta, não só o pagamento de uma **remuneração equitativa única pelos utilizadores** que usem fonogramas publicados com fins comerciais ou suas reproduções em emissões radiodifundidas por ondas radioelétricas ou em qualquer tipo de comunicações ao público, mas também a partilha de tal

¹⁷³ Nesse sentido, LOKRANTZ-BERNITZ, Annika, ob. cit., p. 93, *apud* CORDEIRO, Pedro, ob.cit., p. 49.

¹⁷⁴ CORDEIRO, Pedro, *Ibidem*, ob. cit., p. 49.

remuneração pelos artistas intérpretes ou executantes e pelos produtores dos fonogramas assim utilizados. Na falta de acordo entre os artistas intérpretes ou executantes e os produtores dos fonogramas, os Estados-Membros podem determinar em que termos é por eles repartida a referida remuneração” (negrito nosso).

A Convenção de Roma estabelece no seu artigo 12º que “Quando um fonograma publicado com fins comerciais ou uma reprodução desse fonograma forem utilizados diretamente pela radiodifusão ou para qualquer comunicação ao público, o utilizador pagará uma **remuneração equitativa e única aos artistas ou aos produtores de fonogramas ou aos dois**, podendo a legislação nacional determinar as condições de repartição desta remuneração na falta de acordo entre eles” (negrito nosso).

Em relação a este preceito a OMPI considera que “este artigo não confere nenhum direito nem a artistas nem a produtores de fonogramas autorizar ou proibir a utilização secundária do fonograma; antes pelo contrário garantindo uma remuneração única e equitativa pela utilização do fonograma, esta disposição parece estabelecer uma espécie de “licença não voluntária” ¹⁷⁵.

Este direito de remuneração equitativa também está contemplado no art. 15º do TOIEF, que estabelece o direito a uma remuneração equitativa e única” em caso de radiodifusão ou de qualquer outra forma de comunicação ao público ¹⁷⁶.

A legislação portuguesa não inclui expressamente a radiodifusão nas utilizações de fonogramas publicados com fins comerciais pelas quais é devida remuneração aos artistas e produtores. E, limita o exclusivo de radiodifusão e de comunicação ao público às prestações artísticas ainda não radiofundidas nem fixadas. Posição curiosa têm alguns autores quando consideram que esta exceção ao direito exclusivo de autorizar ou proibir, consubstancia na

¹⁷⁵ *Wipo Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use*, p. 318.

¹⁷⁶ Cfr. Com o nº 2 do mesmo art.15º, sobre a repartição desta remuneração que derá devida e repartida por entre artistas e produtores.

prática a aplicação generalizada de uma licença legal “as hipóteses em que o artista intérprete e o produtor de fonogramas são privados de direitos exclusivos reúnem as principais formas de exploração possível do seu direito de comunicação ao público”¹⁷⁷, resultando que “na prática, a exceção [licença legal] torna-se o princípio”¹⁷⁸.

E continua o mesmo autor “Ora a radiodifusão e a comunicação ao público de prestação efetuada a partir de uma fixação não são abrangidas no poder mínimo de impedir atribuído ao artista, conforme o art.7º/1, alínea a) da Convenção de Roma, nem no direito de autorizar ou proibir a reprodução de fonogramas de que gozam os seus produtores (art.10º da CR)”¹⁷⁹.

De todo o modo, quando se tratar fonogramas publicados com fins comerciais quando forem utilizados diretamente pela radiodifusão ou para qualquer comunicação ao público, deve o utilizador pagar uma remuneração “equitativa e única” aos artistas ou aos produtores de fonogramas publicados ou aos dois, podendo a legislação determinar as condições da sua repartição na falta de acordo, entre artistas e produtores de fonogramas. Trata-se, por conseguinte, de um direito a mera remuneração por atos que, segundo a Convenção de Roma, não têm que ser abrangidos pelo poder de impedir dos artistas nem pelo direito de autorizar ou proibir dos produtores de fonogramas”¹⁸⁰.

O direito de remuneração só tem aplicação em algumas situações, sendo relativamente restrito, uma vez que abrange apenas fonogramas publicados com fins comerciais ou uma sua reprodução, por conseguinte não se aplica a fonogramas não publicados ou publicados sem fins comerciais, utilizados diretamente pela radiodifusão ou para qualquer comunicação ao público.

¹⁷⁷ DIAS PEREIRA, Alexandre Libório, Da retransmissão por cabo de prestações artísticas, p. 1017.

¹⁷⁸ AZZI, Tristan, *Recherche sur la loi applicable aux droits voisins du droit d’auteur en droit international privé*, Paris, IGDJ, 2005, p. 45, *apud* DIAS PEREIRA, Alexandre Libório, *Ibidem*, ob.cit., p. 1017.

¹⁷⁹ DIAS PEREIRA, Alexandre Libório, *Ibidem*, ob.cit., p. 1018.

¹⁸⁰ DIAS PEREIRA, Alexandre Libório, *Ibidem*, ob.cit., p. 1018.

Quando um artista tiver consentido a inclusão da sua execução numa fixação de imagens ou de imagens e sons (art.19º CR), afasta a faculdade de impedir prevista no art. 7º da CR. O que vem favorecer “(...) claramente os produtores videográficos, audiovisuais ou cinematográficos, comentando-se, a seu respeito, que o consentimento do artista para a inclusão da sua prestação em videograma ou filme deixa-o numa “posição vulnerável”¹⁸¹.

Importa relembrar que existe a compensação equitativa prevista para aplicação aquando das exceções e limitações previstas no art. 5º da Diretiva 2001/29/CE (reproduções temporárias e transitórias). Realce-se que a previsão de autorizações obrigatórias só é permitida se for compatível com as disposições da Convenção de Roma (art.15º/2)¹⁸².

5.4. Jurisprudência sobre o direito de comunicação ao público

Veja-se alguma jurisprudência sobre esta matéria que consegue dar-nos uma panorâmica muito vasta e abrangente sobre as questões que se colocam neste grande tema que é a comunicação ao público. O facto de configurar ou não uma comunicação ao público tem acrescida relevância no que à tutela dos direitos de autor e direitos conexos concerne, com todas as consequências que poderão daí advir, tem suscitado alguma jurisprudência, tanto a nível da União Europeia como a nível nacional.

Devido às suas consequências e particularidades relacionadas com o tema da nossa pesquisa, vamos deter-nos em alguns acórdãos do TJUE, pela sua importância decisiva de condicionar a jurisprudência nacional. De seguida iremos ver alguma da jurisprudência nacional e analisar em que medida essa influência do TJUE se faz sentir nos acórdãos em análise.

¹⁸¹ RICKETSON, Sam, GINSBURG, June, C. C., *International Copyright and Neighbouring Rights, The Berne Convention and Beyond*, Vol. II, Oxford/New York/Oxford University Press, 2006, p. 1213, *apud* DIAS PEREIRA; Alexandre Libório, *Da retransmissão por Cabo de Prestações Artísticas*, p. 1019.

¹⁸² DIAS PEREIRA, Alexandre Libório *Ibidem*, ob.cit., p. 1019.

5.4.1. O Caso *SGAE/Rafael Hotelles S.A. C-306/05 (TJUE)*, de 07/12/2006

Veja-se assim o caso que opôs a *SGAE (Sociedad General de Autores y Editores de España)* à *Rafael Hotelles SA* ¹⁸³. Este litígio teve por base a alegada violação dos direitos de propriedade intelectual geridos pela *SGAE*, perpetrada pela sociedade *Rafael Hotelles SA*.

A *SGAE* como entidade de gestão de direitos de propriedade intelectual em Espanha, considerou que a utilização de aparelhos de televisão e de difusão de música ambiente no hotel, de que a sociedade Rafael era proprietária, tinha originado atos de comunicação ao público, de obras pertencentes ao repertório gerido pela *SGAE*.

Foi no Tribunal de Primeira Instância de Barcelona que julgou o pedido da *SGAE*, tendo-o considerado parcialmente procedente, tendo ainda entendido que a utilização dos aparelhos de televisão nos quartos, não conduzia à prática de atos de comunicação ao público, mas por outro lado considerou que a difusão de música ambiente nos espaços comuns dos hotéis, providos de aparelhos de televisão, configurava um ato de comunicação ao público.

Foi então submetido ao TJUE uma decisão prejudicial que tinha por objeto a interpretação do art. 3º da Diretiva 2001/29/CE, do Parlamento e do Conselho, de 22 de maio de 2001 ¹⁸⁴. Este Tribunal fez um enquadramento jurídico deste situação e quais as normas aplicáveis à situação em causa, chamando à colação o Acordo TRIPS/ADPIC ¹⁸⁵, que determinava a observância das disposições da Convenção de Berna, mais concretamente o seu art. 11º e 11-

¹⁸³ Disponível em <http://curia.europa.eu/>.

¹⁸⁴ Diretiva 2001/29/CE, do Parlamento e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, também denominada como Diretiva Sociedade da Informação.

¹⁸⁵ Acordo sobre os aspetos dos direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio, também conhecido como Acordo *TRIPS (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights)*, anexo ao Acordo de Marraquexe que instituiu a Organização Mundial do Comércio (OMC), tendo sido aprovada pela Decisão 94/800/CE do Conselho, de 22 de dezembro de 1994, em nome da Comunidade Europeia.

bis, nº 1 ¹⁸⁶ e ainda os Tratados da OMPI, de 20 de dezembro de 1996, (o TOIEF e o TODA) ¹⁸⁷.

O Tribunal de Justiça da União Europeia nas suas observações preliminares, considerou que contrariamente ao que tinha invocado a *Rafael Hotelles*, a situação fáctica nada tinha a ver com a aplicação da Diretiva 93/83/CEE do Conselho, de 27 de setembro de 1993, (conhecida como Diretiva Cabo Satélite), ou seja, aplicável à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo, no que respeita à matéria de direito de autor e direitos conexos, mas sim seria aplicável a Diretiva 2001/29/CE (diretiva Sociedade da Informação).

Foram ainda submetidas as seguintes questões prejudiciais, se a instalação, nos quartos de um hotel, de aparelhos de televisão aos quais é **distribuído por cabo o sinal de televisão captado, via satélite ou terrestre**, constitui uma **comunicação ao público** abrangido pela harmonização das regulamentações nacionais relativas à proteção dos direitos de autor, prevista no art. 3º da Diretiva 2001/29. A segunda questão era se se devia considerar o **quarto de um hotel como um espaço estritamente privado** e, por conseguinte, que a **comunicação realizada através de aparelhos de televisão** aos quais é **distribuído um sinal previamente captado pelo hotel não constitui uma comunicação ao público**. (negrito nosso).

A terceira questão era decidir se para efeitos de proteção dos direitos de autor face a atos de comunicação ao público, prevista pela Diretiva 2001/29/CE, a **comunicação realizada por meio de um aparelho de televisão** instalado **num quarto de hotel** pode ser considerada **pública** na medida em que o **público que sucessivamente** o utiliza tem acesso à obra. (negrito nosso).

O entendimento do tribunal foi de considerar responder conjuntamente à 1ª e 3ª questão, resumindo numa só pergunta, se a **distribuição de um sinal** através de **aparelhos de**

¹⁸⁶ Transcrito na nota de rodapé nº 33.

¹⁸⁷ Aprovados pela Decisão 2000/278/CE do Conselho, de 16 de março de 2000, em nome da Comunidade Europeia.

televisão instalados nos **quartos de um hotel** constitui um **ato de comunicação ao público** na aceção do artigo 3º da Diretiva 2001/29 e se a **instalação de aparelhos de televisão** nos **quartos de hotel constitui**, em si, um **ato desta natureza**. (negrito nosso).

O Tribunal de Justiça da União Europeia havia já decidido que o conceito de público abrangia um número indeterminado de telespectadores potenciais, citando como referência o acórdão de 2 de junho de 2005, *Mediakabel*, C-89/04 ¹⁸⁸ e o acórdão de 14 de julho de 2005, *Lagardère Active Broadcast*, C-192/04 ¹⁸⁹. O entendimento do Tribunal foi no sentido de que se tratava de ato de comunicação ao público, argumentando que os clientes do hotel se sucedem rapidamente, sendo irrelevante que os únicos destinatários sejam os ocupantes do quarto e também que estes em separado representem uma parcela económica limitada para o próprio hotel.

Em conclusão, o tribunal decidiu que a transmissão dos programas tinha sido efetuada a um público novo, na aceção do art. 11-bis, nº 1 alínea ii) da Convenção de Berna, pois tinha ocorrido um ato de comunicação ao público, realizada por um organismo de retransmissão que não o de origem. Acrescentou ainda que segundo o Guia da Convenção de Berna ¹⁹⁰, o autor ao autorizar a radiodifusão da sua obra, apenas se referia aos utentes diretos, ou seja, os detentores de aparelhos de receção que, individualmente, ou na sua esfera privada ou familiar, captavam as emissões. Implicava assim, que ao ter-se permitido que um novo público desfrutasse da obra, através de comunicação da emissão por altifalante ou instrumento análogo, configurava um ato independente, tendo originado um direito exclusivo do autor de autorizar essa comunicação, o que não tinha acontecido.

¹⁸⁸ Sobre serviços de radiodifusão televisiva, disponível em <http://curia.europa.eu>.

¹⁸⁹ Sobre a obrigação de pagar uma remuneração equitativa pela radiodifusão de fonogramas ao público que era efetuado por satélite e radiodifusores terrestres em França e Alemanha, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62004CJ0192&from=EN>.

¹⁹⁰ Guia elaborado por Claude Masouyé, Diretor do Departamento do Direito de Autor e de Informação do Bureau Internacional da OMPI, publicado em Genebra em 1980.

E acrescentou que existiu uma “comunicação ao público” na aceção do artigo 3º, nº 1 da Diretiva 2001/29 e do artigo 8º do TODA, pois era suficiente que a obra tivesse sido colocada à disposição do público para que as pessoas que o compõem (o público) pudessem ter tido acesso a ela. O Tribunal referiu ainda que no que se referia ao facto da instalação de aparelhos de televisão nos quartos, constituía por si só um ato de comunicação ao público na aceção do artigo 3º, nº 1 da Diretiva 2001/29/CE.

Conclui assim que conjugando o considerando vinte e sete da mesma diretiva com o artigo 8º do TODA, tal disponibilização de meios materiais para permitir ou realizar uma comunicação não constituía uma comunicação ao público. Mas ressaltou que no caso em apreciação, o facto de poder possibilitar em termos técnicos o acesso do público às obras radiodifundidas, quando o hotel distribui o sinal aos seus hóspedes, independentemente da técnica de transmissão utilizada, então configurava uma comunicação ao público.

Em relação à segunda questão, a Irlanda levantou a questão de que teria de haver diferenças de tratamento jurídico, entre transmissões em espaços públicos (restaurante e receção) e espaços privados do hotel (quartos). Quanto a esta questão o entendimento foi no sentido da sua irrelevância, mas sim que a qualidade de «comunicação ao público, prendia-se com o facto de o público poder ter acesso às obras, fosse em espaços privados ou públicos.

É referido que o art. 9º, nº 1 deste acordo, com menção à relação com a Convenção de Berna, que devem ser observados os preceitos da Convenção de Berna, entre o art. 1º a 21º, com exceção do art. 6º referentes aos direitos morais.

Como atrás foi referido o TJUE convocou o art. 8º do TODA¹⁹¹, e, ainda tendo em conta as declarações comuns adotadas relativamente ao Tratado da OMPI sobre o Direito de Autor pela Conferência Diplomática, no que se refere ao artigo 8 deste Tratado, refere que “A mera disponibilização de meios materiais para permitir ou realizar uma comunicação não constitui

¹⁹¹ Transcrito na p.77.

só por si uma comunicação na aceção do presente tratado ou da Convenção de Berna. Além disso, nenhuma das disposições do artigo 8º impede que uma parte contratante aplique o disposto no nº 2 do artigo 11º- *bis* (CB).

Para a decisão sobre esta matéria, o tribunal teve em conta os considerandos 9, que qualquer harmonização do direito de autor deve basear-se num elevado nível de proteção (...), o considerando 10, que os autores e os intérpretes ou executantes devem receber uma remuneração adequada pela utilização do seu trabalho (...), o considerando 15 refere que os tratados da OMPI atualizaram a proteção internacional do direito de autor e dos direitos conexos incluindo no que diz respeito à “agenda digital” e o considerando 23 que diz que presente diretiva deverá proceder a uma maior harmonização dos direitos de autor aplicáveis à comunicação de obras ao público ¹⁹².

Resumindo, o direito de “comunicação ao público” deveria ser entendido no sentido lato, abrangendo todas as comunicações ao público não presente no local de onde provêm as comunicações e ainda qualquer transmissão ou retransmissão de uma obra ao público, por fio ou sem fio, incluindo a radiodifusão, não abrangendo quaisquer outros atos.

No caso em apreço, a lei aplicável, a espanhola encontrava-se vertida no Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril de 1996, e dispunha que “O autor exerce de modo exclusivo os direitos de exploração da sua obra, sob qualquer forma, designadamente os direitos de reprodução, de distribuição, de comunicação ao público e de transformação, às quais não se pode proceder sem a sua autorização, salvo nos casos previstos pela presente lei” (art.17º).

A interpretação de uma disposição de direito comunitário, quando não é remetida para o direito dos Estados Membros (no caso pela Diretiva 2001/29/CE), deve o seu sentido e alcance ser encontrado em toda a Comunidade, numa interpretação autónoma e uniforme que decorria do princípio da aplicação uniforme do direito comunitário e do princípio da

¹⁹² Todos estes considerandos são parte integrante da Diretiva 2001/29/CE.

igualdade. E, assim, não procedia a alegação de que deviam ser os Estados - membros a fornecerem a definição do conceito de “público”, tendo o TJUE já decidido que o termo “público” abrangia um número indeterminado de potenciais telespectadores.

Acrescia que no Guia da Convenção de Berna é referido que, quando esta receção se destina a um círculo mais amplo e por vezes com fins lucrativos, permitindo que uma fração nova do público desfrute da audição ou da visão da obra, a comunicação da emissão por altifalante ou instrumento análogo deixa de ser a mera receção da própria emissão, mas um ato independente através do qual a obra emitida é comunicada a um novo público, dando lugar ao direito exclusivo do autor de a autorizar.

E acrescenta que a distribuição da obra radiodifundida a esta clientela através de aparelhos de televisão não constitui um simples meio técnico para garantir ou melhorar a receção da emissão de origem na sua zona de cobertura.

O Tribunal considerou ainda que decorria do art. 3º, nº 1 da Diretiva 2001/29, e do art. 8º do TODA, que a existência de “comunicação ao público”, ocorria se a obra fosse colocada à disposição do público, ou seja, que este tivesse acesso a elas, independentemente de ter afetivamente usufruído das mesmas.

Curioso se torna referir que a Irlanda, assistente no processo, invocou a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais ¹⁹³, em prol do argumento de que o quarto de hotel pertencia à esfera privada dos clientes.

Quanto à questão de saber se a instalação de aparelhos de televisão nos quartos de hotel constituía em si um ato de comunicação ao público na aceção do artigo 3º, nº 1 da Diretiva 2001/29, o considerando vigésimo sétimo responde a esta questão quando diz que “a mera

¹⁹³ Esta Convenção foi assinada a 4 de novembro de 1950, em Roma.

disponibilização de meios materiais para permitir ou realizar uma comunicação não constitui só por si uma comunicação na aceção da presente diretiva”.

Em suma a conclusão é que, se através dos aparelhos de televisão, assim instalados, o hotel distribuía o sinal aos seus clientes estava em causa uma comunicação ao público, sem que fosse necessário saber qual era a técnica de transmissão do sinal utilizado.

5.4.2. O caso Marco Del Corso C-135/10 (TJUE), de 15/03/2012

O litígio opôs a *Società Consortile Fonografici* (ora em diante SCF)¹⁹⁴ a Marco Del Corso, médico dentista, sob a alegada violação de direitos de autor, através da radiodifusão de fonogramas protegidos no seu consultório privado.

No entendimento da SCF a difusão de fonogramas protegidos usados como música ambiente num consultório privado de dentistas, constituía uma “comunicação ao público”, na aceção tanto da Lei Italiana como do direito internacional e do direito da União, estando consequentemente sujeita ao pagamento de uma remuneração equitativa. Marco Del Corso invocou, por seu lado, que tal não se aplicava, pois tratava-se de um consultório privado e não público, não podendo ser qualificado como tal.

No Tribunal de Turim a pretensão da SCF foi considerada improcedente, tendo esta recorrido para o Tribunal da Apelação de Turim, que entendeu submeter algumas questões ao Tribunal de Justiça da União Europeia.

¹⁹⁴ A SCF é uma empresa que foi constituída no ano de 2000 que integra mais de 400 editoras discográficas e artistas independentes com o objetivo de coletar e depois distribuir os rendimentos dos direitos de autor e direitos conexos aos artistas e produtores musicais, em caso de divulgação pública da música gravada.

O TJUE delimitou o enquadramento jurídico da questão a decidir à luz da interpretação do art. 8º, nº 2 da Diretiva 92/100/CEE ¹⁹⁵, e do art. 3º da Diretiva 2001/29/CE ¹⁹⁶ no que respeitava à interpretação do conceito de “comunicação ao público”.

A par deste enquadramento imediato, o TJUE pronunciou-se ainda sobre a aplicação imediata de outros instrumentos internacionais, no ordenamento comunitário, relativos a esta matéria, tais como a Convenção de Roma, o Acordo TRIPS/ADPIC e o Tratado TOIEF, cuja resposta pode ser encontrada no Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), no seu art. 16º, nº 2 que estipula que “Os acordos celebrados pela União vinculam as instituições da União e os Estados-membros”. Também a jurisprudência do TJUE nos diz que as disposições das convenções internacionais celebradas pela União fazem parte integrante do ordenamento jurídico da União ¹⁹⁷.

O TJUE considerou que a União ao celebrar os Acordos TRIPS/ADPIC e o TOIEF ¹⁹⁸, tinha assumido a sua inclusão no ordenamento jurídico da União, logo os conceitos constantes das diretivas deveriam ser interpretados à luz dos conceitos equivalentes veiculados pelas convenções internacionais ¹⁹⁹.

Contudo, no que respeitava ao Acordo TRIPS/ADPIC, as suas disposições não podiam ser invocadas diretamente por particulares, a não ser em casos muito precisos, o que obstava a que pudesse ser invocado nos Tribunais da União e dos Estados - membros, conforme jurisprudência do TJUE. Também no que respeitava ao Tratado TOIEF, estando pendente a

¹⁹⁵ Diretiva 92/100/CEE, de 19 de novembro de 1992, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos aos direitos de autor em matéria de propriedade intelectual, que veio a ser alterada e codificada pela Diretiva 2006/115/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa ao aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos ao direito de autor em matéria de propriedade intelectual.

¹⁹⁶ Diretiva 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação,

¹⁹⁷ Nomeadamente o acórdão de 22 de outubro de 2009, no caso *Bogiatzi*, C-301/08.

¹⁹⁸ Este Tratado e também o Tratado sobre o Direito de Autor, foram aprovados pela Decisão 2000/278/CE, do Conselho, de 16 de março de 2000.

¹⁹⁹ Como exemplo o acórdão de 7 de dezembro de 2006, *SGAE*, C-306/05 (TJUE).

prática de atos posteriores, não tinha efeito no direito da União. No que respeitava à aplicação da Convenção de Roma, apesar de não ter sido assinada pela União Europeia e, consequentemente não fazer parte do seu ordenamento jurídico, por força do disposto no art. 1º, nº 1 do TOIEF, era de aplicação indireta²⁰⁰.

Avançando na sua exposição o TJUE realçou que conceito de «comunicação ao público» vertido no art. 3º, nº 1 da Diretiva 2001/29/CE, devido à pouca clarificação do seu conceito, e ainda pela jurisprudência que tinha sido emanada do TJUE, devia ser interpretado tendo em atenção os considerandos 9 e 10 da respetiva diretiva. Resultava assim, que deveria ser concedido um elevado nível de proteção aos autores. E, ainda que conforme se inferia deste artigo, os autores dispunham de um direito de natureza preventiva, o que lhes conferia a faculdade de se interpor entre eventuais utilizadores da sua obra e proibi-los de realizarem a «comunicação ao público» que pretendiam fazer.

Este conceito de «comunicação ao público» deveria ainda ser interpretado num sentido amplo conforme vertido no considerando 23 da mesma diretiva, porém, deveria ser objeto de uma apreciação individualizada de acordo com os factos em análise. Por último, no conceito de «comunicação ao público» implicava, que houvesse um «ato de comunicação» e ainda um “público” para essa comunicação.

A decisão do TJUE foi de que o conceito de «comunicação ao público», na aceção do artigo 8º, nº 2, da Diretiva 92/100, devia ser interpretado no sentido de que não cobria a difusão gratuita de fonogramas num consultório de dentista como o que estava em causa no processo principal, no âmbito do exercício de uma profissão liberal, em benefício da clientela, que dela fruiu independentemente da sua vontade. Por conseguinte, essa difusão não dava direito ao recebimento de uma remuneração para os produtores de fonogramas.

²⁰⁰ Art.1º, nº1 do TOIEF “Nenhuma disposição do presente Tratado implica a derrogação das obrigações das Partes Contratantes entre si decorrentes da Convenção Internacional para a Proteção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão, feita em Roma, em 26 de outubro de 1961 (daqui em diante “Convenção de Roma”.

5.4.3. O caso *Phonographic /Ireland*, C-162/10 (TJUE), de 15 /03/2012

Este litígio opôs a *Phonographic Performance (Ireland) Limited* ²⁰¹ (ora em diante PPL) à República da Irlanda. A situação em causa era a de um operador hoteleiro que fornecia aparelhos de televisão ou de rádio nos quartos do seu estabelecimento, sito na Irlanda, nos quais distribuía obras protegidas, por cabo ou por meio de outra tecnologia, através de um sinal recebido centralmente. A PPL considerava que o operador hoteleiro deveria pagar uma remuneração equitativa aos produtores de fonogramas, seus representados.

Na Irlanda vigorava a Lei de 2000, relativa aos direitos de autor e direitos conexos ²⁰², que na sua secção 97, estipulava que não constituía violação de direitos de autor, a radiodifusão ou um programa difundido por cabo, desde que fossem nas instalações em que era disponibilizado alojamento para residentes ou clientes e fosse a parte do entretenimento disponibilizado, exclusiva ou principalmente, para residentes ou clientes. Com base neste dispositivo legal, o dono de um estabelecimento hoteleiro não era obrigado a pagar qualquer remuneração equitativa aos produtores de fonogramas.

O *High Court (Commercial Division)* da Irlanda, submeteu ao TJUE várias questões prejudiciais, que tinham como objeto a interpretação dos artigos 8º, nº 2 e 10º da “Diretiva 2006/115/CE” ²⁰³.

Uma das questões era a determinar se esta situação factual configurava uma “comunicação ao público”, nos termos do art. 8º, nº 2 da Diretiva supra referida e, caso assim fosse entendido, se deveriam os Estados - membros consagrar o direito a uma remuneração equitativa a acrescer a uma remuneração equitativa devida pelos organismos de radiodifusão pela reprodução do fonograma. Outra questão prendia-se com a possibilidade de isenção do

²⁰¹ Trata-se de uma sociedade de gestão coletiva representante dos direitos conexos dos produtores de fonogramas sobre os registos sonoros e os fonogramas na Irlanda.

²⁰² *Copyright and Related Rights Act 2000*.

²⁰³ Como já se referiu é a Diretiva 2006/115/CE do parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos ao direito de autor em matéria de propriedade intelectual.

pagamento da remuneração equitativa, se fosse considerada uma utilização privada, ou seja, uma limitação ao direito de comunicação ao público, nos termos da alínea a) do art. 1º do art. 10º da Diretiva 2006/115/CE.

A quarta questão era sobre o facto do dono do estabelecimento disponibilizar um equipamento (nem de televisão nem de rádio) e fonogramas, em suporte físico ou digital, que podiam ser ouvidos ou reproduzidos nesse equipamento, se havia uma “comunicação ao público” na aceção do art. 8º, nº 2 da Diretiva 2006/115/CE.

O Tribunal nas suas considerações chamou a atenção para o facto de que o conceito de “comunicação ao público”, deveria ser objeto de uma apreciação individualizada, tal como já vimos no caso Marco Del Corso ²⁰⁴, devendo ser considerados vários critérios complementares de natureza não autónoma e interdependentes entre si. Assim como o conceito de “público” teria de ser constituído “por um número indeterminado de destinatários potenciais e por um número de pessoas bastante importante”, sendo importante saber qual a quantidade de pessoas que tinha acesso à mesma obra e se esta “comunicação” era de carácter lucrativo.

Quanto ao conceito de “público” tem sido entendimento do TJUE, de que os clientes de um estabelecimento hoteleiro, constituem um número de pessoas bastante importante e que se trata de uma prestação de serviço suplementar, que interfere com a classificação atribuída ao estabelecimento, o que em bom rigor contribui para influenciar o preço dos quartos, revestindo assim carácter lucrativo.

O TJUE considerou que era um ato de “comunicação ao público”, na aceção do art. 8º, nº 2 da Diretiva 2006/115/CE, quando um dono de um estabelecimento, um “utilizador” disponibilizava no quarto dos seus clientes, aparelhos de televisão e/ou rádio, aos quais distribuía um sinal radiodifundido, devendo este ter que pagar uma remuneração equitativa

²⁰⁴ Ver ponto 5.2.1, sobre este caso.

aos produtores de fonogramas, pois tratava-se de um “público novo” e, que não tinha sido tomado em consideração pelos autores da obra aquando da autorização da “comunicação ao público” original.

Levando em linha de conta este entendimento de “público novo”, o tribunal considerou que devia ser enquadrado no âmbito do nº 2 do artigo 8º da Diretiva 2006/115/CE, sendo, portanto, o dono do estabelecimento obrigado ao pagamento de uma remuneração equitativa a que acrescia à remuneração paga ao radiodifusor.

Quanto à questão de as obras serem radiodifundidas por um equipamento de som, que não televisão ou de rádio, o art. 2º, alínea g), do TOIEF, que define o conceito de “comunicação ao público” e se refere ao art.15º do mesmo tratado, precisa que o conceito em apreço inclui a operação de tornar os sons ou representações de sons fixados num fonograma audíveis para o público.

Neste sentido o conceito de “comunicação ao público” enunciado no artigo 8º, nº 2, da Diretiva 2006/115/CE, devia ser interpretado no sentido de que compreendia igualmente a operação de tornar os sons ou as representações de sons fixados num fonograma audíveis para o público. Esta disposição legal, era específica quando estipulava que se aplicava a “qualquer tipo” de comunicações ao público, portanto, a todas as formas de comunicação possíveis e exequíveis.

O TJUE considerou assim que o operador do estabelecimento hoteleiro, devia ser considerado “utilizador”, na aceção do artigo 8º, nº 2, da Diretiva 2006/115, em consequência, os clientes devem ser considerados “público”, também na aceção dessa disposição. Ou seja, numa situação destas havia que concluir que tinha sido praticado um ato de “comunicação ao público” de um fonograma, sendo, portanto, obrigado a pagar uma “remuneração equitativa”.

No que se relacionava com a questão de se considerar se poderia haver uma “utilização privada” por parte do hoteleiro, a advogada geral referiu que o carácter privado ou não da utilização que o hoteleiro fazia da obra, é que determinava se podia ser integrado na aceção da alínea a) do nº 1 do artigo 10º da Diretiva 2006/115/CE ²⁰⁵.

Em conclusão, não se tratando de uma utilização privada, não lhe era aplicada a limitação ao direito de comunicação ao público, pois tratava-se de uma utilização pública, assim, o hoteleiro teria de pagar uma remuneração equitativa pelo ato de “comunicação ao público” dos fonogramas protegidos.

5.4.4. O caso *Hettegger Hotel Edelweiss* C-641/15 (TJUE), de 16/02/2017

Este litígio opôs a sociedade de gestão coletiva de direitos de autor *Verwertungsgesellschaft Rundfunk GmbH*, que representava vários organismos de radiodifusão estabelecidos na Áustria e noutros Estados Membros, à sociedade austríaca *Hettegger Hotel Edelweiss GmbH*, que explorava o Hotel *Edelweiss*. Este possuía uma ligação à televisão por cabo a partir da qual retransmitia em simultâneo, sem alterações e integralmente, através de cabos, para os aparelhos de televisão instalados nos quartos de hotel.

A primeira interpôs uma ação judicial no Tribunal de Comércio de Viena, tendo pedido a condenação da segunda, a prestar informações sobre os programas de rádio e de televisão que aquela podia captar, o número de quartos que havia no hotel e ainda peticionava o pagamento de uma indemnização. Alegava, em suma, que a segunda efetuava um ato de “comunicação ao público” na aceção, não só no âmbito da lei austríaca, como na aceção do artigo 8º, nº 3, da Diretiva 2006/115/CE ²⁰⁶. Argumentava ainda, que o preço pago por um quarto de hotel era o equivalente a uma entrada paga, pois esse serviço fazia aumentar o preço

²⁰⁵ Este artigo prevê uma limitação aos direitos exclusivos, nomeadamente, a utilização privada.

²⁰⁶ Diretiva 2006/115/CEE, de 12.12.2006, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos ao direito de autor em matéria de propriedade intelectual.

do quarto, sendo portanto necessário a autorização dos titulares de direitos, através do pagamento de taxas.

A segunda opôs-se dizendo que, pela interpretação da lei austríaca, a “comunicação ao público”, pressupunha uma comunicação em locais abertos ao público, com entrada paga, devendo apenas considerar-se que a entrada paga seria exigida especialmente para essa comunicação.

O Tribunal austríaco submeteu então ao TJUE a questão prejudicial de saber se o art. 8º, nº 3, da Diretiva 2006/115/CE, devia ser interpretado no sentido de que a transmissão de emissões de televisão e de rádio através de aparelhos de televisão, instalados nos quartos de um hotel, constituía uma “comunicação ao público” realizada num “local aberto ao público, com entrada paga”.

A particularidade deste caso residia no facto de tratar-se de um direito invocado por uma organização de radiodifusão, com a alegação da prática de um ato de “comunicação ao público”, pelo hoteleiro, na aceção do art.8º, nº 2, e que, no caso concreto, era aplicável o art.8º, nº 3 (situações em que a comunicação ocorria em locais abertos com entrada paga). ambos da Diretiva 2006/115/CE.

Para a solução deste litígio relevava o conceito de “local aberto ao público com entrada paga”, que teria de ser interpretado à luz do art. 13º alínea d) da Convenção de Roma, que estipula que “a comunicação ao público das suas emissões de televisão, quando se efetuam em lugares acessíveis ao público, mediante o pagamento de um direito de entrada; compete à legislação nacional do país onde a proteção deste direito é pedida determinar as condições do exercício do mesmo direito”.

Este acórdão chama à colação as anotações vertidas no Guia da Convenção de Roma, que considerava que pela contrapartida de uma comunicação ao público de uma emissão de televisão, tinha de ser efetuado um pagamento aos titulares de direitos. Contudo, não era

aplicável no caso de se tratar do pagamento de uma refeição ou de bebidas onde estivessem a ser difundidas emissões de televisão, “à semelhança do pagamento de refeições ou bebidas uma emissão de televisão ou de rádio não é uma contrapartida principal de um serviço de alojamento”²⁰⁷.

Em suma, a decisão foi no sentido de que a distribuição de um sinal através dos aparelhos de televisão e de rádio instalados nos quartos de um hotel, podia ter influência na categoria do hotel, contudo na aceção do art. 8º, nº 3 da diretiva 2006/115/CE, esta prestação suplementar não é oferecida num “local aberto ao público com entrada paga”, logo não se inseria no âmbito de aplicação do direito exclusivo das organizações de radiodifusão.

5.4.5. O caso OSA C-351/12 (TJUE), de 27/02/2014

Este litígio opôs a *Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním o. s. (OSA)*²⁰⁸, à *Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s.* (estabelecimento termal que funcionava como uma sociedade comercial). Esta realizava a radiofusão de fonogramas, sem a autorização dos titulares de direitos das obras protegidas.

A OSA alegava que o artigo 23º da lei relativa ao direito de autor, na parte em que previa uma exceção ao pagamento das compensações por direitos de autor, a favor dos estabelecimentos de saúde e no âmbito da prestação de cuidados de saúde era contrária à Diretiva 2001/29.

O TJUE considerou que na aceção do art. 3º, nº 1 da Diretiva 2001/29/CE, devia ser interpretado no sentido de oposição à regulamentação por parte de um Estado Membro, de excluir o direito de os autores autorizarem ou proibirem a comunicação das suas obras, através da distribuição deliberada de um sinal por meio de recetores de televisão ou de rádio, nos quartos dos pacientes do estabelecimento termal.

²⁰⁷ Declarações do advogado geral M. Spuznar.

²⁰⁸ A OSA tem como objetivo administrar os direitos autorais de compositores de música, compositores e editores de música na República Checa. Para mais informação ver www.osa.cz.

Esta interpretação foi complementada tomando em considerando as disposições das alíneas e) do nº 2 do art.5º da mesma diretiva “Os Estados membros podem prever exceções ou limitações ao direito de reprodução previsto no art. 2º em relação às reproduções de transmissões radiofónicas, por instituições sociais com objetivos não comerciais, tais como hospitais ou prisões, desde que os titulares de direitos **recebam uma compensação justa**”. (negrito nosso).

Como também já vimos anteriormente esta decisão realça o facto de que as disposições legais da diretiva 2001/29/CE, não poderem ser invocadas por uma sociedade de gestão coletiva de direitos num diferendo entre particulares.

Finalmente, o tribunal foi no sentido de que não obstante o estipulado no art. 16º (liberdade de prestação de serviços) da Diretiva 2006/123/CE ²⁰⁹, em conjugação com os artigos 56º e 102º, ambos do TFUE, não se opõe a que um Estado Membro reserve a gestão coletiva dos direitos de autor, no território desse Estado membro, em relação a determinadas obras protegidas, a uma única sociedade de gestão coletiva, não permitindo assim que pudessem recorrer a uma outra sociedade de gestão coletiva de outro Estado Membro.

Contudo, ressalva que devia ser interpretado em consonância com os limites impostos pela disposição do art. 102º do TFUE, sobre as regras da concorrência, nomeadamente no caso de indícios de posição dominante.

5.4.6. O Caso *Premier League/ Karen Murphy*, C-403/08 e C-429/08 (TJUE), de 04/10/2011.

O processo C-403/08 opôs a *Football Association Premier League Ltd*, *Net Med SA*, à *Multigoice Hellas SA* às *QC Leisure*, a *David Richardson*, à *AV Station plc*, a *Malcolm*

²⁰⁹ Diretiva Serviços 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa aos serviços de mercado interno.

Chamberlain, a Michael Madden, à SR Leisure Ltd, a Philip George Charles Houghton e a Derek Owen . O processo C-429/08 opôs Karen Murphy à *Media Protection Services Ltd*.

Estes litígios reportavam-se à comercialização e utilização no Reino Unido, de dispositivos de descodificação, que tinham sido fabricados e comercializados por um organismo de radiodifusão, que davam acesso aos serviços de radiodifusão por satélite, mas utilizados contra a vontade daqueles, fora da zona geográfica para a qual tinham sido fornecidos. A FAPL tinha como objetivo a organização de torneios dos jogos da «*Premier League*» e por via da difusão televisiva, exercer o direito de colocar à disposição do público o seu conteúdo audiovisual.

As questões prejudiciais interpostas no TJUE tiveram por objeto a interpretação da Diretiva 98/84/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de novembro de 1998, relativa à proteção jurídica dos serviços que se baseiem ou consistam num acesso condicional, conhecida por Diretiva acesso condicional, da diretiva 93/83/CEE, (Diretiva Satélite e Cabo), da Diretiva 89/552/CEE ²¹⁰, da Diretiva 2001/29/CE, e ainda, dos artigos do TFUE ²¹¹, nº 34º, 36º, 56º, sobre a livre prestação de serviços e o art. 101º do mesmo diploma legal sobre a concorrência.

Na Diretiva Acesso condicional diz que “as oportunidades propiciadas pelas tecnologias digitais permitem aumentar a escolha do consumidor e contribuir para o pluralismo cultural, desenvolvendo uma gama ainda mais vasta de serviços na aceção dos artigos (56º e 57º do TFUE), (...) a viabilidade desses serviços dependerá frequentemente do recurso ao acesso condicional a fim de assegurar a remuneração do prestador de serviço; (...) consequentemente, afigura-se necessária a proteção jurídica dos prestadores de serviços

²¹⁰ Também conhecida como diretiva “televisão sem fronteiras”, a Diretiva 89/55/CEE do Conselho, de 3 de outubro de 1993, relativa À coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados- Membros relativas ao exercício de atividades de radiodifusão televisiva, mais tarde alterada pela Diretiva 97/36/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de junho de 1997.

²¹¹ Tratado de funcionamento da União Europeia.

contra os dispositivos ilícitos que permitem o acesso gratuito a esses serviços, tendo em vista assegurar a viabilidade económica dos serviços”.

No processo C-403/08 a FAPL (administradora da «Premier League» a primeira liga do Campeonato de futebol dos clubes de futebol da Inglaterra), propôs duas ações contra a *QC Leisure*, *D. Richardson*, a *AV Tation* e *M. Chamberlain* fornecedores de material e de cartões decodificadores de satélites aos *pubs*, que permitiam a receção das emissões dos organismos estrangeiros, com o objetivo de difundir os jogos em direto. A outra ação foi proposta contra *M. Madden*, a *SR Leisure Ltd*, *P.G.C. Houghton* e *D. Owen*, vendedores de bebidas ou exploradores dos *pubs* que projetaram os jogos da primeira liga.

As questões prejudiciais colocadas ao TJUE foram para decidir se a utilização de dispositivos de decodificação estava abrangida pela diretiva acesso condicional e em caso afirmativo quais as consequências jurídicas. No caso de não se encontrar este aspeto harmonizado pela diretiva acesso condicional, então determinar se pela interpretação conjugada dos artigos 34º, 36º, 56º e 101º, todos do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), se opunha a uma legislação nacional e aos contratos de licença que proibiam a utilização de dispositivos de decodificação estrangeiros.

O Tribunal declarou que o conceito de «dispositivo ilícito», na aceção do artigo 2º, alínea e), da Diretiva 98/84/CE (Diretiva acesso condicional), relativa à proteção jurídica dos serviços, que se baseassem ou consistissem num acesso condicional, devia ser interpretado no sentido de que não abrangia os dispositivos de decodificação estrangeiros que davam acesso aos serviços de radiodifusão e, eram fabricados e comercializados com a autorização desse organismo, mas eram utilizados à revelia deste, fora da zona geográfica para qual tinham sido fornecidos, nem os obtidos ou ativados mediante a indicação de um nome e de uma morada falsos, nem os que eram utilizados em violação de uma limitação contratual de utilização para fins exclusivamente privados.

O tribunal declarou que o artigo 3º, nº 2 da Diretiva 98/84CE, não obstava a uma legislação nacional que impedisse a utilização de dispositivos de descodificação estrangeiros, incluindo os obtidos ou ativados mediante a indicação de um nome e de uma morada falsos ou os utilizados em violação de uma limitação contratual de utilização para fins exclusivamente privados, uma vez que essa legislação não estava abrangida pelo domínio coordenado por esta diretiva.

Acrescentou ainda que o artigo 56º do TFUE, devia ser interpretado no sentido de que se opunha a uma legislação de um Estado membro que tornasse ilícita a importação a venda e a utilização nesse Estado de dispositivos de descodificação estrangeiros, que permitiam o acesso a um serviço codificado de radiodifusão por satélite, proveniente de outro Estado membro e que incluía objetos protegidos pela legislação desse primeiro Estado.

E a decisão do tribunal foi no sentido de que aquela conclusão não era invalidada pela circunstância de o dispositivo de descodificação estrangeiro ter sido obtido ou ativado mediante a indicação de uma identidade e de uma morada falsas, com a intenção de contornar a restrição territorial em causa, nem pela circunstância de esse dispositivo ter sido utilizado para fins comerciais, apesar de ter sido destinado a uma utilização de carácter privado.

No atinente às cláusulas de um contrato de licença exclusiva celebrado entre o titular dos direitos de propriedade intelectual e um organismo de radiodifusão, a decisão foi no sentido de que constituíam uma restrição da concorrência proibida pelo artigo 101º TFUE, uma vez que proibia a esse organismo o fornecimento de dispositivos de descodificação que permitiam o acesso aos objetos protegidos desse titular, com vista à sua utilização fora do território abrangido pelo contrato de licença.

Em suma, o tribunal decidiu que o artigo 2º, alínea a) da Diretiva 2001/29/CE, devia ser interpretado no sentido de que o direito de autor abrange os fragmentos transitórios das obras na memória de um descodificador de satélite e num ecrã de televisão, desde que tais fragmentos contivessem elementos que fossem a expressão da criação intelectual dos autores

em causa, devendo ser analisado o conjunto constituído pelos fragmentos simultaneamente reproduzidos para se verificar se continham esses elementos. E decidiu ainda que os atos de reprodução como os que estavam em causa no processo C-403/08, efetuados na memória de um decodificador de satélite e num ecrã de televisão, preenchiam as condições enunciadas no artigo 5º, nº 1, da Diretiva 2001/29/CE e podiam, assim, ser realizados sem autorização dos titulares dos direitos de autor em causa.

O TJUE decidiu ainda no sentido de que o conceito de «comunicação ao público», na aceção do artigo 3º, nº1, da Diretiva 2001/29CE, devia ser interpretado no sentido de que abrangia a transmissão de obras radiodifundidas, através de um ecrã de televisão e de altifalantes aos clientes que se encontravam presentes num *pub*.

5.4.7. O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, nº 147/04.4SXLBS. L1-5, de 22/03/2011.

Este acórdão decidiu sobre um caso da difusão pública de emissões de televisão. A diferença em relação a outros casos é que o arguido utilizava na transmissão de emissões de televisão um ecrã, um projetor, duas colunas, um *subwoofer* e uma mesa de misturas, o que era considerado pela assistente SPA, como configurarem procedimentos técnicos diversos dos que integravam o próprio aparelho recetor.

A fundamentação do acórdão baseou-se no art. 149º, nº 2 do CDADC, ao estipular que existia uma nova utilização da obra radiodifundida, através de altifalante ou instrumento análogo transmissor de sinais, sons ou imagens, assim, tinha como consequência a exigência de uma prévia autorização do titular do direito de autor e ainda a este receber a respetiva contrapartida patrimonial.

O Tribunal decidiu baseado no considerando 23 da Diretiva 2001/29/CE ²¹², que tendo em consideração um conceito lato de comunicação de obras ao público, em conjugação com o

²¹² Considerando 23 - “A presente diretiva deverá proceder a uma maior harmonização dos direitos de autor aplicáveis à **comunicação de obras ao público**. Estes direitos deverão ser entendidos no sentido lato,

Considerando 27 ²¹³ da mesma Diretiva, que versa sobre os meios materiais implicados na transmissão televisiva, no caso tratava-se de “uma atividade de receção-ampliação de um só dos sinais, (...) mantendo-se a obra recebida e ampliada a mesma e sem qualquer violação dos direitos de autor”.

O entendimento do Tribunal de recurso foi que no caso em análise, quem procedia à difusão da obra era a TV Cabo, sendo que o arguido apenas ampliava um dos sinais (som), não retirando nem acrescentando à obra em si. Tratava-se apenas de um melhoramento qualitativo e quantitativo do aspeto sonoro, não cabendo na previsão do artº 155º do CDADC (prevê uma transmissão autónoma).

5.4.8. O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça Nº 15/2013-A, de 16/12/2016

A prolação deste acórdão uniformizador de jurisprudência ocorreu na sequência da interposição de um recurso extraordinário para fixação de jurisprudência, pelo Ministério Público, junto do Tribunal da Relação de Guimarães, do acórdão proferido sobre o proc. nº 124/11.9GAPVL.G1-A.S1- da 3ª Secção, tendo o Ministério Público alegado que estava em oposição com outro acórdão do mesmo tribunal de 2 de julho de 2007, no domínio da mesma legislação, considerando que não tinha ocorrido qualquer alteração legislativa que tivesse interferido direta ou indiretamente na resolução da questão controvertida.

A factualidade era idêntica, contudo, as decisões tinham sido diferentes, ou seja, no acórdão recorrido a situação factual tinha tido lugar num estabelecimento comercial, onde estava a ser reproduzida música, através de uma televisão, onde estavam agregados um leitor de cassetes e CDs, um amplificador, um equalizador e rádios e ainda três colunas distribuídas pelas diferentes áreas do estabelecimento, sem que arguida tivesse autorização para a fixação,

abrangendo todas as comunicações ao público não presente no local de onde provêm as comunicações. Abrangem ainda qualquer transmissão ou retransmissão de uma obra ao público, por fio ou sem fio, incluindo a radiodifusão, não abrangendo quaisquer outros atos”(negrito nosso).

²¹³ Considerando 27 - A mera disponibilização de meios materiais para permitir ou realizar uma comunicação não constitui só por si uma comunicação na aceção da presente diretiva”.

reprodução e eventual distribuição pública das obras. A decisão tinha sido no sentido de que a simples receção, em lugar público, de emissão de radiodifusão, não dependia de autorização dos autores das obras, nem lhes atribuía o direito à remuneração, previsto no art. 155º, do CDADC, pelo que não se verificavam, no caso, os elementos típicos do crime de usurpação.

No acórdão fundamento tratava-se da difusão de um vídeo um programa MTV da TV Cabo, através de quatro colunas de som, sem qualquer autorização para o efeito, tendo o tribunal decidido que o arguido não se tinha limitado a efetuar a mera receção de um programa de televisão em público, pois a difusão das imagens e sons era efetuada através das quatro colunas ligadas à televisão, sem ter sido obtido qualquer autorização dos titulares de direitos.

A questão a decidir pelo Pleno das Secções Criminais do Supremo Tribunal de Justiça, era se pelo facto das colunas de som, que não faziam parte integrante do televisor ou radiofonia, ao ampliarem e distribuírem o som, extravasava a mera receção, passando *in casu* a configurar uma nova transmissão do programa.

O Tribunal de recurso convocou para resolução da questão a decidir, o vertido nos artigos 68º (formas de utilização) 149º (autorização) 155º (comunicação pública da obra radiodifundida) 195º (usurpação) e 197º (penalidades) todos do CDADC.

Este acórdão expressou o entendimento de que a radiodifusão se traduzia na comunicação direta ao público, por meio de televisão ou da radiofonia, assim, a receção do conteúdo da comunicação constituía o seu “*terminus ad quem*” e, ainda que a autorização por parte dos titulares de direitos de autor com vista à radiodifusão das suas obras abrangia todo o processo comunicativo, que culminava com a receção pelo público da emissão de televisão ou da rádio.

O tribunal considerou assim que a simples receção, em lugar público, de emissão de radiodifusão, não dependia de autorização dos autores das obras, nem lhes atribuía o direito à remuneração prevista no art. 155º do CDADC, acolhendo implicitamente, *a contrario sensu*, a total liberdade de receção, e também que o art. 149º/2 do CDADC se referia a uma

atividade de receção/transmissão, pressupondo uma certa estrutura técnica organizativa e constituindo uma nova utilização da obra. Acrescentou que o mesmo programa não devia estar sujeito a duas autorizações e dois pagamentos, na fonte e no destino, pois a autorização inicial para a radiodifusão abrangia já a posterior receção ²¹⁴, não tendo ocorrido qualquer adulteração da obra aquando da sua transmissão através das colunas de som.

Foi assim fixada a seguinte jurisprudência: a aplicação, a um televisor, de aparelhos de ampliação do som, difundido por canal de televisão, em estabelecimento comercial, não configura uma nova utilização da obra transmitida, pelo que o seu uso não carece de autorização do autor da mesma, não integrando consequentemente essa prática o crime de usurpação, previsto e punido pelos arts. 149º e 195º a 197º, todos do CDADC.

5.4.9. O caso SPA/ Douros Bar e outros, C-151/15 (TJUE), de 14/07/2015

A nível nacional o processo que teve repercussões no TJUE, foi o litígio que opôs a Sociedade Portuguesa de Autores (SPA) ao Ministério Público a Carlos Manuel Prata Pereira Sá Meneses a Sandra Carla Ferreira Cardoso e à Douros Bar Lda.

Este processo correu os seus termos no Tribunal de Relação de Coimbra, que suscitou ao TJUE um pedido de decisão prejudicial sobre a interpretação do art. 3º, nº 1 da Diretiva 2001/29/CE. A questão referia-se à transmissão através de um aparelho de rádio ligado a colunas e/ou amplificadores, de obras musicais e obras musico-literárias difundidas por uma estação emissora de rádio, aos clientes presentes nesse estabelecimento, operação efetuada pelas pessoas que exploravam um café-restaurant.

A SPA entendia que configurava um ato de comunicação ao público na aceção do art. 3º nº 1, da Diretiva 2001/29/CE ²¹⁵, e interpôs uma ação penal argumentando que tinha havido

²¹⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil- Direito de Autor e Direitos Conexos*, pp. 301 - 302.

²¹⁵ Art. 3º, n.º 1 da Diretiva 2001/29/CE; “*Os Estados Membros devem prever a favor dos autores o **direito exclusivo de autorizar ou proibir qualquer comunicação ao público das suas obras, por fio ou sem fio, incluindo a sua colocação à disposição do público por forma a torná-las acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido***” (negrito nosso).

usurpação de obra protegida, previsto no art. 195º do CDADC e, não tendo sido a ação considerada procedente a SPA interpôs recurso para o Tribunal da Relação de Coimbra, que decidiu remeter algumas questões prejudiciais para o TJUE.

A primeira questão era saber se o conceito de “comunicação de obra ao público”, previsto no art. 3.º, nº 1, da Diretiva 2001/29/CE, devia ser interpretado no sentido de que abrangia a transmissão de obras radiodifundidas, em estabelecimentos comerciais, como bares, cafés, restaurantes, ou outros com características semelhantes, através de aparelhos televisores recetores e cuja difusão era ampliada por colunas e/ou amplificadores, se configurava uma nova utilização de obras protegidas pelo direito de autor. A segunda questão era saber se a utilização de colunas e/ou amplificadores, ou seja, de meios técnicos distintos do aparelho televisivo recetor para ampliar a receção de som, influenciava a resposta à questão anterior.

O TJUE nas suas considerações deu como assente que o conceito de “comunicação ao público” vertido no artigo 3.º, nº 1, da diretiva 2001/29/CE, devia ser entendido em sentido lato, como era norma na jurisprudência deste tribunal e que o conceito de “comunicação” devia ser entendido no sentido de que visava toda e qualquer transmissão de obras protegidas, independentemente dos meios ou procedimentos técnicos utilizados, aliás na esteira do entendimento expresso nos acórdãos *Football Association* ²¹⁶ e *OSA* ²¹⁷.

O TJUE quanto à segunda questão foi no sentido de considerar que a utilização de colunas e/ou amplificadores a fim de aumentar a difusão do som, não eram um simples meio técnico para melhorar a transmissão de origem na zona de cobertura, pois constituíam um ato relevante para os clientes do estabelecimento poderem usufruir das obras.

O TJUE decidiu que o conceito de “comunicação ao público”, na aceção do art. 3º, nº1, da Diretiva 2001/29/CE, devia ser interpretado no sentido de que abrangia a transmissão, através de um aparelho de rádio ligado a colunas e/ou amplificadores, pelas pessoas que exploravam

²¹⁶ Cfr. Ponto 5.4.7. que analisa este caso.

²¹⁷ Cfr. ponto 5.4.6., que versa sobre este caso.

um café-restaurant, de obras musicais e de obras musico literárias difundidas por uma estação emissora de rádio aos clientes que se encontravam presentes naquele estabelecimento.

Vemos assim que o entendimento do TJUE de “comunicação ao público” tem sido mais abrangente do que o entendimento em alguns tribunais nacionais.

6. A internet

A Internet será talvez a palavra mais utilizada não só pela população mais jovem como pela menos jovem., sendo frequente dizer-se vê ou está na “net”, diminutivo que abarca na nossa ideia tudo o que existe à superfície da terra. O que não está na Internet não existe, sendo que hoje em dia é praticamente possível fazer tudo através da net, desde saber as últimas notícias como submeter a declaração de IRS.

6.1. O conceito

A Internet é definida pela Wikipédia como “um sistema global de redes de computadores interligadas que utilizam um conjunto próprio de protocolos (*Internet Protocol Suite* ou TCP/IP) com o propósito de servir progressivamente usuários no mundo inteiro. É uma rede de várias outras redes, que consiste de milhões de empresas privadas, públicas, académicas e de governo, com alcance local e global e que está ligada por uma ampla variedade de tecnologias de rede eletrónica, sem fio e óticas. A internet traz uma extensa gama de recursos de informação e serviços, tais como os documentos inter-relacionados de hipertextos da World Wide Web (WWW), redes ponto-a-ponto (*peer-to-peer*) e infraestrutura de apoio a correio eletrónico (e-mails)”²¹⁸.

A transformação radical que impôs à sociedade, esta invenção criada pelo Homem, tem sido tão valorizada pela transformação que impôs a todas as relações sociais, económicas culturais, entre outras, que é considerada por alguns autores como “uma das mais

²¹⁸ Disponível em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Internet-> acesso a 16.3.2018.

revolucionárias e impactantes criações da história da humanidade”²¹⁹. A sociedade da informação digital introduziu na vida real das pessoas uma transformação avassaladora, que, neste momento já seria “impossível” viver sem a Internet.

Esta transformação sentida por todos não só no seu trabalho diário como ao nível tão quotidiano de estabelecimento de relações com o Estado, mormente, o acesso ao portal das finanças e a tantos outros serviços, que bem se pode dizer estamos numa época de transformações²²⁰.

Podemos dizer que este é um momento de transformação da nossa cultura material, pelo trabalho de um novo paradigma tecnológico em torno das tecnologias da informação²²¹. A esta transformação poderosa não tem fugido uma alteração social muito marcante “de facto estamos vivenciando os pressupostos, bem como os primeiros impactos, desta inesgotável fonte de inovação e que tem transformado o desenvolvimento tecnológico em transformação social”²²².

A estas transformações não é alheio o potencial gigantesco que a Internet possui na divulgação de obras artísticas, tanto assim que “na sociedade do conhecimento, a produção e a disseminação educacional, científica e cultural, bem como a preservação do património digital, devem ser considerados como elementos fundamentais”²²³.

Devido às profundas alterações introduzidas pela Internet, e da sua repercussão nos direitos de autor e direitos conexos, a Comissão Europeia elaborou algumas considerações e soluções

²¹⁹ COATES, Ken, HOLROYD; Carin, *Japan and the Internet Revolution*. Houndmills: Palgrave Macmillan, 2003 *apud* ALMEIDA, Daniel Freire de, *Um Tribunal Internacional para a Internet*, p. 34.

²²⁰ CARR, Nicholas G., *The Big Switch: Rewiring the World, from Edison to Google*. New York: Norton & Company, 2008, p.12, *apud* ALMEIDA, Daniel Freire e, *Um Tribunal Internacional para a Internet*, 2015, p.27.

²²¹ CASTELLS, Manuel, *The Rise of The Network Society. The Information Age. Economy, Society and Culture*. Oxford: Willey-Blackwell, 200, p.28 – *apud* ALMEIDA, Daniel Freire e, *ibidem ob.cit.*, p. 28.

²²² ALMEIDA, Daniel Freire e, *ibidem, ob.cit.*, p. 28.

²²³ KHAN, Abdul Waheed, *Preface. In* DUTTON, WILLIAM. *Social Transformation in an Information Society: Rethinking Access to You and the World*. Paris: United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, 2004, p.05, *apud* ALMEIDA, Daniel, *ob. cit.*, p. 55.

de resolução destes problemas, através da Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa aos direitos de autor no mercado único digital ²²⁴.

Reconhecendo-se que a delimitação e definição das exceções e limitações ao direito de autor e direitos conexos estão já harmonizados a nível da União Europeia, um dos objetivos desta proposta foi necessidade de intervenção por parte da União Europeia, no sentido de evitar a fragmentação do mercado interno.

Outra das grandes preocupações originadas pela invenção da Internet, que nos suscitou e motivou ao desenvolvimento desta pesquisa, relaciona-se com a tutela dos direitos de autor e direitos conexos no ambiente digital, nomeadamente, a remuneração devida aos artistas e intérpretes. Nesse sentido a proposta visa a inclusão de medidas para melhorar a transparência e o equilíbrio das relações contratuais entre os autores e artistas intérpretes ou executantes e os destinatários, a quem estes cedem os seus direitos.

Em conjugação com esta proposta refira-se a elaboração de uma Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, que estabelece as normas para o exercício do direito de autor e direitos conexos aplicáveis a determinadas transmissões em linha dos organismos de radiodifusão e a retransmissão de programas de rádio e televisão ²²⁵, de que falaremos adiante ²²⁶.

Existe ainda a preocupação de agilizar as negociações dos acordos de licenciamento em todos os Estados Membros, a fim de se promover a disponibilidade de obras europeias em plataformas de vídeo, a pedido na UE, no que se relaciona com exploração em linha de obras audiovisuais.

²²⁴ COM (2016) 593 final, de 14/09/ 2016, Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa aos direitos de autor no mercado único digital.

²²⁵ COM (2016) 594 final, de 14.09.2016, Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, que estabelece normas sobre o exercício do direito de autor e direitos conexos aplicáveis a determinadas transmissões em linha dos organismos de radiodifusão e à retransmissão de programas de rádio e televisão.

²²⁶ Veja-se o ponto 10.1. “A Tutela do direito de autor nas transmissões em linha”.

É de referir a importância de agilização de licenciamento das obras, que beneficiaria substancialmente a divulgação das variadas culturas europeias, assim como seria um instrumento de valorização da diversidade cultural a nível europeu. No fundo a proposta visa exigir aos Estados Membros a implementação de mecanismos que facilitem o apuramento dos titulares de direitos de autor, sobre as obras que deixaram de ser comercializadas, assim como a exploração em linha de obras audiovisuais. Para a elaboração desta proposta, foram realizados estudos e avaliação de impacto, com o objetivo, nomeadamente de se lograr um maior acesso aos conteúdos e adaptar as exceções ao contexto digital e transnacional.

No que se refere à remuneração dos artistas intérpretes ou executantes, para que esta seja mais justa e adequada, é proposta a introdução de um mecanismo de ajustamento das remunerações e um mecanismo de resolução de litígios. Inclui ainda o estabelecimento de novas exceções visando a facilitação de conteúdos protegidos por direitos de autor e ainda a melhoria das práticas de licenciamento dos direitos que contribuiria para uma mais justa remuneração aos artistas.

No âmbito desta proposta os Estados Membros devem prever exceções aos direitos previstos no art. 2º da Diretiva 2001/29/CE (direito de reprodução), em relação à prospeção de textos e dados, como também prever exceções e limitações aos direitos previstos no art. 2º e 3º (direito de comunicação de obras ao público, incluindo o direito de colocar à sua disposição outro material) da Diretiva 2001/29/CE, no que se refere às atividades pedagógicas transnacionais e digitais, embora possam prever uma compensação equitativa para os titulares de direitos.

O objetivo de aplicação desta proposta será alcançar a harmonização da legislação da União Europeia aplicável ao direito de autor e direitos conexos, estando especialmente vocacionada para a regulamentação das utilizações digitais e transnacionais de conteúdos protegidos.

Contudo, esta proposta tem suscitado algumas questões pertinentes junto de associações ou cooperativas de defesa dos direitos, que instadas a pronunciarem-se sobre esta proposta,

nomeadamente do sindicato CENA²²⁷ e da GDA²²⁸, que conjuntamente elaboraram um documento, onde chamaram a atenção para a insuficiência de remuneração dos artistas, quando as suas prestações artísticas são transmitidas pela Internet, e mais acentuadamente quando estas são transmitidas através de *streaming*²²⁹.

Estas entidades invocando os dados apurados pela AEPO-ARTIS²³⁰, estimaram que mais de 95% dos artistas não viesse a receber nenhum benefício da reforma legislativa, caso a proposta se mantivesse naqueles termos, e para obviar a esses números propuseram a inclusão de um novo artigo 13 *bis*, na Proposta de Diretiva, que se transcreve “Caso o artista tenha transferido ou cedido o direito exclusivo de colocar à disposição, e independentemente dos termos em que foi efetuada essa transferência ou cedência, o artista terá direito a receber uma remuneração equitativa paga pelo utilizador pela colocação à disposição da sua fixação. O direito de o artista obter uma remuneração equitativa deve ser inalienável e cobrado e gerido por uma entidade de gestão coletiva”.

A Internet veio despoletar uma série inimaginável de possíveis negócios e em confronto com o habitual meio de visionamento de cinema em salas, tem a grande vantagem de poder ser visionada em qualquer parte do mundo e a qualquer hora. Como nos diz Dias Pereira “Assim, a novidade da Internet está quer no facto de reunir num só diferentes meios de comunicação (imprensa, rádio, televisão, etc.) quer na circunstância de as mensagens, em forma digital, poderem revestir natureza multimédia (texto/som/imagem)”²³¹.

²²⁷ Sindicato CENA- Sindicato dos Músicos, dos Profissionais do Espetáculo e do Audiovisual, que em 2017, se fundiu com o STE (Sindicato dos Trabalhadores do Espetáculo) dando origem ao sindicato CENA-STE (Sindicato dos Trabalhadores de Espetáculos, do Audiovisual e dos Músicos).

²²⁸ GDA- Gestão dos Direitos dos Artistas.

²²⁹ Documento datado de 13/03/2017, disponível em <http://app.parlamento.pt>, último acesso a 17/05/2018.

²³⁰ AEPO- ARTIS é uma organização sem fins lucrativos que representa 36 organizações de gestão coletiva de artistas europeus de 26 países diferentes, estimado entre 400.0000 e 500.000.

²³¹ DIAS PEREIRA, Alexandre Libório, *Código de O Direito de Autor e a Internet*- Verbo Jurídico fevereiro 2002, disponível em https://www.verbojuridico.net/doutrina/autor/cda_internet.pdf, último acesso a 08/05/201, p. 4.

Perante esta complexidade e transversalidade da Internet, Dias Pereira na mesma obra diz-nos que “dos nossos estudos, concluímos com o Prof. Oliveira Ascensão que o Código do Direito de Autor não foi feito para regular este novo meio de comunicação” ²³².

Estas novas tendências vieram acelerar algumas estratégias que as grandes empresas adotaram para fazer frente a este novo modelo de negócio, enveredando pela “globalización e internacionalización de los grupos de multimédia, com estrategias para controlar paquetes de películas y futuros mercados multimédia, com excessivos riesgos, com una estrategia de aprovecharse y defender-se simultáneamente de Internet (AOL-Time Warner)” ^{233 234}.

Álvarez Monzoncillo refere ainda que se assistiu à tendência de “ruptura de la cadena de valor en la industria cinematográfica, al aparecer nuevas formas de consumo en nuevos dispositivos e intercâmbios gratuitos en las redes sociales, de manera que se há puesto en cuestión el statu quo entre los diferentes actores del mundo analógico” ²³⁵.

A crise económica em conjugação com as enormes potencialidades demonstradas pela Internet, originou a violação em massa dos direitos de propriedade intelectual, concretamente, os direitos de autor e direitos conexos “ (...) principalmente, com el intercambio no autorizado en las redes P2P o com el *streaming* ilícito de obras puestas a disposición del público sin la autorización de los titulares de los derechos, pero contando, hasta el momento, com la tolerância social y de buena parte de las instituciones Y autoridades

²³² DIAS PEREIRA, Alexandre Libório, *Ibidem*, ob. cit., p. 5.

²³³ ÁLVAREZ MONZONCILLO, J.M. *Cine, bits y mercados pequeños* 2008, *apud* BENZAL, Miguel Ángel *Industria audiovisual y mercados digitales* Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, nº 78, septiembre-diciembre, p. 39.

²³⁴ Agora denominada *Time Warner*, tem seu foco económico voltado para a produção cinematográfica, televisiva e literária- wikipédia.

²³⁵ ÁLVAREZ MONZONCILLO, J.M. *Cine, bits y mercados pequeños* 2008, *apud* BENZAL, Miguel Ángel *Industria audiovisual y mercados digitales* Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, nº 78, septiembre-diciembre, p.42.

que deberían velar precisamente por el respeto y protección de la propiedad intelectual, como una forma que es-aunque sea especial-del derecho de propiedad privada”²³⁶.

Os direitos de propriedade intelectual no âmbito de uma sociedade profundamente baseada no digital, estão constantemente a ser alvo de potenciais violações. A Comissão Europeia consciente desta realidade incontornável e visando minorar esses efeitos, lançou uma estratégia para o Mercado Único Digital²³⁷. Como refere Viviane Reding²³⁸ "Copyright and the Internet are two powerful engines for driving creativity and innovation for the benefit of all Europeans. They should be combined in the new project of a competitive and prosperous Digital Single Market. Such a Digital Single Market can only be built with content creators on board; and with the generation of digital natives as interested users and innovative consumers”²³⁹.

E continua Vivianne Reding no mesmo comunicado de imprensa "It will be my key priority over the next years to work, in cooperation with other Commissioners, on a simple, consumer-friendly legal framework for making digital content available across borders in the UE, while ensuring at the same time a robust protection of copyright and a fair remuneration of creators " ²⁴⁰.

É reforçado o carácter abrangente e global das transformações operadas pelas novas tecnologias reforçando-se que para além de se falar na “(...) emergência de um novo paradigma social. Fará sentido falar a este respeito de um novo paradigma jurídico?”²⁴¹.

²³⁶ BENZAI, Miguel Ángel, *Ibidem* ob. cit., p.42.

²³⁷ COM (2015) 192 final, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das regiões, de 6.5.2015.

²³⁸ À data Comissária da União Europeia para a Sociedade da Informação e os Media.

²³⁹ Comunicado de imprensa *Comissão Europeia lança reflexão sobre um mercado único digital dos conteúdos criativos em linha*, disponível em europa.eu/rapid/press-release_IP-09-1563_en.htm?locale=en, acesso em 27.2.2018.

²⁴⁰ Comunicado de imprensa *Comissão Europeia lança reflexão sobre um mercado único digital dos conteúdos criativos em linha*..

²⁴¹ GONÇALVES, Maria Eduarda, in “Informação e Direito na Era Digital: Um novo Paradigma Jurídico? Disponível em www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/meg_ma_17707.pdf, p. 1, último acesso a 27.2.2018.

Numa outra vertente sobre esta mesma matéria se poderá falar dos instrumentos de busca de informação na Internet, que “levantam problemas enquanto possíveis meios de violação de direitos exclusivos. Para começar, os motores de pesquisa afetam o direito de reprodução nos direitos de autor”²⁴². Sobre esta matéria das possibilidades de violação de direitos de autor, assim como a sua tutela nos referiremos, mais adiante, no capítulo dedicado à tutela internacional do Direito de Autor.

6.2. O Protocolo Bittorrent

A partilha generalizada de ficheiros é uma das modalidades que acarreta mais perigo para a tutela dos direitos de autor e direitos conexos no mundo virtual. Um dos casos paradigmáticos e pioneiros da partilha de ficheiros foi a plataforma *Napster*²⁴³. Não obstante ser atualmente uma plataforma de *streaming*, foi iniciada como uma plataforma de disponibilização de músicas, ou seja, a partilha P2P, o que significa que qualquer utilizador podia aceder aos conteúdos de outro utilizador com quem estivesse conectado, tendo provocado a reação da *Recording Industry Association of America* (RIAA)²⁴⁴, que a demandou em tribunal acusando-a de violação de direitos autorais²⁴⁵.

No rescaldo da decisão que pôs fim ao *Napster*, tal como foi inicialmente pensado, apareceram outros sistemas de forma contornar a proibição do P2P. Um desses modelos foi o sistema *Bittorrent*, que veio ao encontro dos desejos de milhões de cibernautas, “desde

²⁴² DIAS PEREIRA, Alexandre Libório, *A Liberdade de navegação na Internet: «Browsers», «Hyperlinks», «Meta-Tags»*- Estudos de Direito da Comunicação, AA.VV., Dir. António Pinto Monteiro, Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2002, pp.227-260.

²⁴³ A Plataforma *Napster* foi criada por Shawn Fanning e seu co-fundador Sean Parker, é um serviço de streaming de música pertencente à Rhapsody International Inc, contando com aproximadamente 40 milhões de faixas. Anteriormente, foi o programa de compartilhamento de arquivos em rede P2P criado em 1999 - wikipédia.

²⁴⁴ Representa os principais estudos de gravação dos Estados Unidos, tais como Motown, Warner Bros, entre outras e defendem os direitos autorais dos seus associados.

²⁴⁵ Veja-se o ponto 6.4.1. sobre este caso.

2001 que milhões de cibernautas têm acompanhado o aumento galopante da popularidade destas redes “²⁴⁶.

Em concreto o sistema *Bittorrent* “é um sistema usado para distribuir ficheiros de grande dimensão em segmentos, através da distribuição mútua e simultânea de pequenas partes, entre vários *peers* (pares) que constituem um grupo-*swarm*. Este utiliza um servidor para armazenar o *torrent* ²⁴⁷ e outro servidor (*tracker*) para identificar os membros do *swarm* ²⁴⁸. De seguida aparece o *leecher* que é um termo que se aplica aos utilizadores que realizam o *download* do ficheiro para os seus computadores ²⁴⁹, realce-se que “esta tecnologia, analisada de forma autónoma e independente, não é ilegal: é o uso que alguns utilizadores fazem dela, que constitui, ele próprio, uma conduta ilegal” ²⁵⁰.

6.3. As plataformas em linha e o mercado único digital

Questão relevante na nossa pesquisa prende-se com o funcionamento das plataformas digitais em linha. Consciente dessa preocupação a Comissão Europeia emitiu uma comunicação COM (2016) 288 final ²⁵¹, onde são enaltecidas as suas qualidades “as plataformas em linha promovem a criação do valor digital que dará origem ao crescimento económico no mercado único digital. A sua importância significa que a promoção e apoio à emergência de plataformas em linha competitivas baseadas na UE constitui um imperativo económico e estratégico para a Europa”.

²⁴⁶ XUEMIN Shen (ed.) [et al.], *Handbook of Peer-to-Peer Networking*, Springer New York, 2010, p. 71, *apud* CADIMA, Adriana, ob. cit., p. 23.

²⁴⁷ Trata-se de um ficheiro de pequena dimensão (que já contém o endereço do *tracker*) e o envia para distribuição.

²⁴⁸ XUEMIN Shen (ed.) [et al.], *Handbook of Peer-to-Peer Networking*, Springer New York, 2010, p. 5, *apud* CADIMA, Adriana ob.cit., p. 23.

²⁴⁹ Para mais desenvolvimentos veja-se a tese de mestrado de CADIMA, Adriana, ob.cit.

²⁵⁰ XUEMIN Shen, op. cit., p. 105, *apud* CADIMA, Adriana ob.cit., p. 25.

²⁵¹ COM (2016) 288 final, de 25/05/2016- Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e a Comité das regiões- As plataformas em linha e o mercado único digital: Oportunidades e desafios para a Europa.

Mas ao mesmo tempo são apontadas algumas deficiências no seu funcionamento no que releva aos direitos autorais, pois pelos dados disponíveis, desde julho de 2015, mais de 400 horas de conteúdos visuais foram carregados no *Youtube* por minuto. A acrescer a esta realidade, os titulares de direitos intelectuais de diversos setores de conteúdos (música, imagens, transmissão e publicação na imprensa), afirmaram que estes conteúdos são utilizados ao abrigo de acordos de licença que contêm termos desleais.

É referido nesta comunicação que apesar da Diretiva 2000/31/CE – (Diretiva Comércio Eletrónico), ter criado um ambiente regulamentar tecnologicamente neutro, o que facilitou consideravelmente a sua evolução, nomeadamente, pelo facto de ter procedido à harmonização da exceção de determinados tipos de plataformas em linha, quanto à responsabilidade por conteúdos ou atividades ilegais e, sobre as quais não têm controlo nem conhecimento, constata-se que foram concebidas numa altura em que as plataformas em linha não tinham as características e dimensões que possuem atualmente.

É também realçado que tendo surgido novas formas de distribuição de conteúdos em linha que possibilitam o acesso a gigantescos conteúdos protegidos por direitos de autor e que são partilhados pelos utilizadores finais, a necessidade de considerar que os benefícios económicos criados devem ser partilhados equitativamente, entre os distribuidores e os titulares de direitos ²⁵².

²⁵² Veja-se quanto a esta matéria a Comunicação COM (2015) 626 final, , Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, de 09/12/2015 - *Rumo a um quadro de direitos de autor moderno e mais europeu*, em que se realça o importante papel que os intermediários poderão ter na proteção dos direitos de propriedade intelectual, ponto 6.4.

6.4. O mercado único digital e os direitos de autor

Sem prejuízo de uma leitura mais cuidada sobre esta comunicação, a COM (2015) 626 final²⁵³, ficam aqui algumas notas sobre esta comunicação e que se prendem com o nosso estudo, nomeadamente, com a necessidade de se adaptarem as regras em matéria de direitos de autor às novas realidades tecnológicas, focando-se a análise de alguns aspetos relacionados com a territorialidade destes direitos, com o objetivo de atingir um nível mais elevado de harmonização, nas regras atuais concernentes a estes direitos de autor.

É salientado que a fragmentação das regras aplicáveis aos direitos de autor na União Europeia é muito evidente quando se trata de aplicação das exceções aos direitos dos titulares, que em virtude, de na sua maioria serem de aplicação opcional pelos Estados membros, não atingem a harmonização desejável. Na realidade as únicas exceções obrigatórias são as relativas a determinados atos de reprodução temporária²⁵⁴ e sobre as utilizações permitidas nas obras órfãs²⁵⁵.

É constatado ainda que o financiamento de novas produções europeias no setor audiovisual está sobretudo baseado no licenciamento territorial, em combinação com a exclusividade territorial concedida a determinados distribuidores ou prestadores de serviços. Nesse sentido a Comissão Europeia equaciona, mediante os resultados da revisão da Diretiva Satélite e Cabo²⁵⁶, uma potencial aplicação desta Diretiva ao ambiente digital, com vista a melhorar a distribuição transfronteiras de programas de televisão e rádio em linha. É prevista ainda o desenvolvimento de plataformas de licenciamento e uma maior utilização de identificadores normalizadores de obras.

²⁵³ Esta Comunicação da Comissão está inserida na Estratégia para o Mercado Único Digital, constante da COM (2015) 192 final, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, de 06/05/2015- *Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa*.

²⁵⁴ Art. 5º, nº 1 da Diretiva 2001/29/CE.

²⁵⁵ Diretiva 2012/28/EU, de 25 de outubro de 2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a determinadas utilizações permitidas de obras órfãs.

²⁵⁶ A Comissão anunciou nesta mesma Comunicação a intenção de se proceder à revisão da Diretiva Satélite.

Refira-se o interessante estudo de P. Bernt Hugenholtz em que propõe a extensão do modelo da Diretiva Satélite e Cabo à Internet ²⁵⁷, em que é de opinião que “a Diretiva Satélite e Cabo de 1993, oferece um modelo interessante para a resolução de problemas de fragmentação do mercado na UE devido aos direitos territoriais” ²⁵⁸, argumentando que “uma transmissão por satélite é considerada uma comunicação ao público apenas no país de origem do sinal, i.e. onde a injeção do sinal portador do programa pode ser localizada” e ainda sugere que se “poderia substituir a atual abordagem de “lugar de ligação ascendente” por uma regra centrada no local de estabelecimento (dentro da UE) da entidade que tenha o controlo e a responsabilidade onde a comunicação *online* ocorre” ²⁵⁹.

6.5. Jurisprudência sobre a Internet

Vejam-se alguns casos sobre a problemática do direito de autor e direitos conexos na Internet, que foram e têm sido decisivos na reconfiguração e enquadramento destes direitos no ambiente digital.

6.5.1. O caso *Napster*

O *site Napster* foi demandado pela Associação Americana de Indústria Fonográfica (RIAA), que o acusava de violação de direitos autorais.

O *site Napster* utilizava uma programação simples que consistia em fazer a leitura dos arquivos musicais integrados nos MP3 para um disco rígido, que procedia à publicação desses arquivos num qualquer servidor na rede. Todos os assinantes do Napster publicavam a sua lista de músicas num banco de dados comum, originando a sua utilização por todos os assinantes quando procuravam uma determinada música.

²⁵⁷ Para mais desenvolvimentos veja-se HUGENHOLTZ, P.B., *Extending the SatCab Model to the Internet*, 2015, disponível em <https://www.ivir.nl/publicaties/download/1822>, último acesso a 21/05/2018.

²⁵⁸ HUGENHOLTZ, *Ibidem*, ob.cit., p. 17 (tradução nossa).

²⁵⁹ HUGENHOLTZ, *Ibidem*, ob. cit., p. 17 (tradução nossa).

O caso *Napster* acabou por se tornar um caso de referência “ porque trouxe a consagração, um caso paradigmático, da orientação que pretende que o ciberespaço está sujeito às mesmas leis de Direito Autoral que o espaço comum” ²⁶⁰, que teve o seu desfecho quando os servidores do *Napster* foram desligados em 2002, em consequência do processo judicial.

6.5.2. O caso The Pirate Bay

O *The Pirate Bay* era um dos maiores *sites* suecos de partilha de ficheiros nas redes P2P, através do protocolo *Bitorrent*, em que estes eram acedido por milhões de pessoas que procediam à utilização das obras protegidas, sem o *site* estar autorizado pelos titulares de direitos.

Tendo sido levados a tribunal na Suécia, com a acusação de prática de crimes de violação de direitos autorais através do *download* e *upload* de conteúdos protegidos, Os acusados invocaram que eram prestadores de serviços em rede ²⁶¹, não sendo por isso responsáveis por essas violações autorais, contudo o Tribunal não acolheu a sua argumentação, tendo sido efetivamente condenados a pena de prisão e ao pagamento de uma indemnização.

Vejamos agora dois processos judiciais que correram os seus termos em território nacional, sobre o uso do protocolo *Bitorrent*.

6.5.3. O Processo nº 153/14.0YHLSB, do Tribunal da Propriedade Intelectual, de 24/02/2015

²⁶⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira, *Propriedade Intelectual e Internet*, disponível em <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-PROPRIEDADE-INTELECTUAL-E-INTERNET.pdf> último acesso a 17/05/2018, p. 20, último acesso a 17/05/2018.

²⁶¹ Veja-se mais desenvolvimentos sobre esta matéria no ponto 10.2. “A responsabilidade dos prestadores de serviços em rede”.

Este processo opôs a AUDIOGEST ²⁶² e a GEDIPE ²⁶³ como autoras, sendo as requeridas a “Ar Telecom – Acessos e Redes de Telecomunicações”, S.A.; a “Cabovisão-Televisão por Cabo”, S.A., a “Onitelecom- Infocomunicações” S.A., a “PT-Comunicações” S.A, a “Tmn-Telecomunicações Móveis Nacionais”, S.A. (atual MEO- Serviços de Comunicações e Multimédia”, S.A.), a “Vodafone Portugal – Comunicações Pessoais”, S.A., a “Zon Tv Cabo Açoreana”, S.A., a Zon Tv Cabo Madeirense”, S.A., a “Zon Tv Cabo Portugal”, S.A, e a “Optimus – Comunicações”, S.A., estas duas últimas fundidas na “Nos Comunicações”, S.A.

As autoras peticionaram no que a esta pesquisa releva, que fosse decretado o bloqueio de acesso aos clientes das requeridas, no que respeita dos domínios e subdomínios do *site* “The Pirate Bay”, bem como dos seus respetivos *IP*’s, *Mirrors* ²⁶⁴ ou *Proxys* ²⁶⁵ conhecidos que exibissem a página “The Pirate Bay”.

Entre os vários serviços que as requeridas forneciam aos seus clientes encontrava-se o *website* “The Pirate Bay”, alojado em parte incerta, que permitia a colocação, difusão e partilha de conteúdos, onde o utilizador podia efetuar *downloads* de ficheiros *torret* ²⁶⁶, que permitiam o acesso a fonogramas, videogramas e obras cinematográficas e audiovisuais, protegidas por direitos de autor e direitos conexos.

As requeridas alegaram que para além da generalidade das partilhas não configurar qualquer ilícito, argumentaram ainda que as entidades de alojamento não tinham qualquer controlo sobre os conteúdos partilhados, pois estas entidades eram meras prestadoras de serviços de

²⁶² Audiogest é uma associação para a gestão e distribuição de direitos que representa os produtores fonográficos e videográficos.

²⁶³ Gedipe é uma associação para a gestão de direitos de autor, produtores e editores, que representa os produtores cinematográficos, videográficos e produtores Independentes de televisão.

²⁶⁴ Na Internet, um *mirror site* é uma cópia exata de um outro site. Sites espelho são normalmente utilizados para oferecer fontes múltiplas da mesma informação, e eles são especialmente úteis como uma forma de acesso confiável na hora de fazer *downloads* de materiais que são vastos. Wikipédia.

²⁶⁵ Em redes de computadores, um *proxy* é um servidor que age como um intermediário para requisições de clientes solicitando recursos de outros servidores, wikipédia.

²⁶⁶ Veja-se o ponto 6.2. sobre o protocolo Bitorrent.

acesso à rede Internet e não intermediárias. Invocaram também a ineficácia das medidas requeridas, pois os conteúdos poderiam ser alojados em outros servidores, ou sob outro endereço IP ou sob outro DNS ²⁶⁷.

O entendimento do Tribunal da Propriedade Intelectual à luz do art. 227º do CDADC, foi no sentido de considerar as requeridas como intermediárias, entendimento aliás reforçado pelo estipulado no art. 8º, nº 3 da diretiva 2001/29/CE, e, ainda pela Jurisprudência do TJUE ²⁶⁸, tendo decidido ordenar o bloqueio de acesso aos seus clientes, através de filtragem por DNS dos domínios e subdomínios, relacionados com o *website* “The Pirate Bay”.

6.5.4. O caso Btuga

Este processo correu os seus termos num juízo criminal de Lisboa, em que o arguido foi pronunciado pela prática, em autoria material, de um crime de usurpação, previsto e punido pelos art.178º, nº 1 alíneas a), c) e d), 184º, nº 1 e 2, tendo como referência os art.41º, nº 2, 195º, nº 1, e 197º, nº 1, todos do CDADC. Entre os assistentes contava-se a AUDIOGEST ²⁶⁹ e a SPA, que deduziram um pedido único de indemnização civil, correspondente ao prejuízo causado pelos *downloads* das obras protegidas.

O arguido contra-argumentou que não tinha conhecimento dos conteúdos partilhados no seu *site*, pois o seu serviço consistia numa partilha de ficheiros P2P, assente no protocolo Bittorrent ²⁷⁰ com um custo de € 5,00 por mês. A sentença acabou por condenar o arguido por

²⁶⁷ Os servidores DNS (*Domain Name System*, ou sistema de nomes de domínios) são os responsáveis por localizar e traduzir para números IP os endereços dos *sites* que se digita nos navegadores, ver <https://canaltech.com.br>.

²⁶⁸ Cfr. Caso UPC C-314/12 (TJUE), de 27/03/2014, no ponto 9.2.3.

²⁶⁹ Associação para a Gestão e Distribuição de Direitos - é uma associação de utilidade pública legalmente constituída e registada como Entidade de Gestão Colectiva de Direitos dos Produtores Fonográficos. A AUDIOGEST representa em Portugal, não só os fonogramas (álbuns musicais ou músicas) gravados e editados originariamente pelos seus associados e beneficiários, como também os fonogramas (reportório “estrangeiro”) editado por estes em Portugal, sob licença dos respectivos produtores originários, para mais informação ver www.passmusica.org/o-que-a-audiogest.html.

²⁷⁰ Veja-se o ponto 6.2.

um crime de usurpação por disponibilizar conteúdos protegidos na Internet, através de partilha de conteúdos protegidos.

7. O direito de colocação à disposição do público

Este novo direito, resultante da evolução das novas tecnologias tem sido motivo de análise e de tentativa de enquadramento na terminologia e nos direitos já existentes. Como nos diz Oliveira Ascensão “A disciplina jurídica internacional da sociedade da informação estava dependente da solução dum problema fundamental: caracterizar o tipo de faculdade que estaria em causa, quando se sujeitava à autorização do titular a colocação de obra ou prestação em linha ou rede informática, de tal modo que membros do público pudessem ter acesso a ela, mesmo que em tempos e de lugares diferentes”²⁷¹.

Houve a tentativa de alguns autores de o enquadrar no Direito de Comunicação ao Público, José Cintra Matias considera-o “um direito complexo com características próprias que o tornam insuscetível de ser reconduzido ao Direito de Comunicação ao Público e ao conceito que lhe subjaz, bem como a qualquer outro direito patrimonial já instituído”²⁷². No entanto, em termos comunitários, foi entendido como um novo direito, integrado como uma modalidade de comunicação ao público²⁷³.

Este direito de colocação à disposição do público vertido na alínea j) do nº 2 do art. 68º do CDADC, foi introduzido pela Lei nº 50/2004, de 24/08, que como vimos anteriormente procedeu à transposição da Diretiva 2001/29/CE, para o nosso ordenamento jurídico, sendo que nas palavras de Oliveira Ascensão, o legislador português consagrou este direito como

²⁷¹ ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, p. 4.

²⁷² MATIAS, José Cintra, *O Direito de Colocação À Disposição do Público*, p. 37.

²⁷³ TRABUCO, Cláudia, *De par- em- par, pois então?!- a partilha de obras protegidas pelo Direito de Autor através da Internet*, (www.fd.unl.pt), p.7, apud CADIMA, Cláudia ob. cit., p. 27.

um direito independente, e não como uma modalidade do direito de comunicação de obras ao público ²⁷⁴.

7.1. Como surgiu o direito de colocação à disposição do público

Este novo direito de colocação à disposição do público (ora em diante DCDP) é o resultado da adaptação que o Direito de Autor teve de fazer para se adaptar à evolução tecnológica, que teve o seu remoto início com o desenvolvimento da impressão em massa, tendo resultado na Galáxia Gutenberg, nas palavras de Marshall Macluhan ²⁷⁵, mais tarde foi surgindo sucessivamente o telefone, a radiodifusão e a colocação à disposição do público.

A Convenção de Berna para além da sua contribuição na elaboração de vários princípios universais inovou também ao perspetivar este novo direito de uma forma embrionária, através do vertido no seu art. 9º, nº1, podendo falar-se de uma forma primária de DCDP” ²⁷⁶, não obstante, tanto esta Convenção como a Convenção de Roma e ainda o Acordo TRIPS/ADPIC, se mostrarem incapazes de resolver os problemas surgidos nas transmissões digitais.

No início dos anos noventa uma comissão de peritos da OMPI encetou reuniões para estudar a questão das transmissões digitais, que, inicialmente, foram alvo de muita controvérsia na sua forma de encarar, pois que “conforme foi legado pela Convenção de Berna, era saber se estes novos atos de transmissão em rede seriam enquadráveis no direito de distribuição, de reprodução ou de comunicação” ²⁷⁷.

Entre as várias soluções propugnadas destacava-se a hipótese de inclusão das transmissões digitais no direito de reprodução, em que logo à partida o titular poderia evitar a descarga no

²⁷⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira, *Novas Tecnologias e Transformação do Direito de Autor*, in “Estudos sobre o Direito da Internet e da Sociedade da Informação”, Coimbra, Almedina, 2001, p.122, *apud* CADIMA, Cláudia ob. cit., p. 27.

²⁷⁵ MATIAS, José Cintra, ob. cit., p. 38.

²⁷⁶ CARVALHO, José Manuel de Seixas, *Direito de Colocação à Disposição Online para Acesso “On Demand” estudos sobre o atual Mercado Musical Online*, p. 13.

²⁷⁷ CARVALHO, José Manuel de Seixas, *Ibidem*, ob. cit., p. 14.

computador dos utilizadores. Outra das hipóteses consideradas era de inserir as transmissões digitais num direito geral de retransmissão por cabo ou ainda que se tratava de um ato geral de comunicação. A União Europeia e os Estados Unidos eram de opinião de que as transmissões digitais deviam ser incluídas no direito de distribuição de exemplares. Para esse desiderato teria de haver uma definição mais abrangente para a inclusão das transmissões digitais.

Refira-se que a radiodifusão logo à partida trouxe novidades não só para a relação entre os destinatários e as obras ou prestações protegidas, como também implicou uma redefinição do conceito de público, conceito incontornável e com múltiplas interpretações que transversalmente tem alterado a conceptualização do Direito de Autor.

Uma das consequências da radiodifusão prende-se com a possibilidade de aceso ao conhecimento por parte de um público muito mais vasto, com a mais-valia de não terem de se deslocar, como até então, para aceder a esse conhecimento “a radiodifusão permite a atualidade temporal e o acesso simultâneo de um maior número de pessoas a, consecutivamente, um superior montante de obras artísticas e literárias”²⁷⁸.

A radiodifusão teve como consequência a entrada em campo de outros agentes até então pouco reivindicativos, como o caso dos produtores de fonogramas, os organismos de radiodifusão e o reforço da posição dos artistas intérpretes ou executantes ²⁷⁹. Estas reivindicações e tomadas de posição, originaram o surgimento em 1961 da Convenção de Roma sobre os Direitos Conexos dos Artistas Intérpretes ou Executantes, Produtores de Fonogramas e Organismos de Radiodifusão e em 1971 da Convenção de Berna sobre o Direito de Autor nas obras literárias e artísticas.

²⁷⁸ MATIAS, José Cintra, ob.cit., p. 38.

²⁷⁹ Realce-se que as pretensões dos artistas intérpretes e executantes vinham já desde o início do século XX.

Contudo, já em 1969 com a criação da ARPANET²⁸⁰, considerada a mãe da Internet, ou seja, uma rede composta de milhares de redes interligadas, através do protocolo denominado TCP/IP (*Transmission Control Protocol/Internet Protocol*)²⁸¹, que se colocou este problema.

Perante o crescimento desta rede e dos problemas que se levantavam, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual, sobre uma proposta de abordagem plena e neutra de MIHALY FICSOR²⁸², que consistia “em criar uma provisão sobre a qual haveria uma obrigação de garantir um ou mais direitos de exclusivo para autorizar a utilização das obras ou trabalhos protegidos, não sujeira a esgotamento, permitindo uma definição de transmissão *on demand*/distribuição juridicamente neutra”²⁸³.

Por detrás deste novo direito existe o conceito de digitalização que “significa, em termos simples, que os computadores usam dados e programas consistindo em séries de zeros e uns, resultando desta tecnologia, que quase tudo pode ser armazenado de forma digital: imagens, textos, sons, música”²⁸⁴. Com a digitalização, um passo enorme na evolução tecnológica, o novo direito de colocação à disposição do público foi inserido nos novos Tratados da OMPI sobre a Internet, o TODA²⁸⁵ e o TOIEF²⁸⁶.

O art. 8º do TODA (com a epígrafe “Direito de comunicação ao publico”) diz-nos que: “Sem prejuízo das disposições dos artigos 11º, 1) (ii), 11º-bis 1) (i) e (II), 11º-ter 1) (ii), 14º-bis 1) da Convenção de Berna, os autores de obras literárias e artísticas gozam do direito exclusivo

²⁸⁰ Em inglês *Advanced Research Projects Agency Network* (ARPANET), do Departamento de Defesa dos Estados Unidos, foi a primeira rede operacional de computadores à base de comutação de pacotes, e o precursor da Internet foi criada só para fins militares, Wikipédia

²⁸¹ MATIAS, José Cintra, *ob.cit.*, p. 39.

²⁸² Para mais detalhes ver a obra de FICSOR, Mihály, *Law of Copyright and the Internet: The Wipo Traties and Their Implementation*, Oxford University Press, 2001.

²⁸³ CARVALHO, José Manuel de Seixas, *ob .cit.*, p. 14.

²⁸⁴ ROCHA, Maria Vitória, *Multimédia E Direito de Autor: Alguns Problema*, Actas de Derecho Industrial Y Derecho de Autor, 1996, p. 2, *apud* CARVALHO, José Manuel de Seixas, *Ibidem*, *ob. cit.*, p.11, nota de rodapé 11.

²⁸⁵ TODA - Tratado da OMPI sobre o Direito de Autor.

²⁸⁶ TOIEF -Tratado da OMPI sobre Prestações e Fonogramas.

de autorizar qualquer comunicação ao público das suas obras, por fio ou sem fio, incluindo **a colocação à disposição das obras**, de maneira que membros do público possam ter acesso a estas obras desde um lugar e num momento que individualmente escolherem” (negrito nosso).

Esta definição neste tratado de alguma forma veio fugir ao prenunciado por FICSOR e a sua solução conhecida como *Umbrella Solution*, pois que ao inseri-lo na rubrica da comunicação pública “deixou o “guarda-chuva meio aberto” frustrando-se a tese de *Ficsor*”²⁸⁷.

O Tratado TOIEF consagra o DCDP como um direito exclusivo, suscetível de estar sujeito a uma remuneração irrenunciável nas situações em que é cedido para exploração. Estes Tratados da OMPI para além de consagrarem o direito de colocação à disposição do público, alargaram o âmbito do direito de aluguer, vejam-se os art. 9º e 13º do TOIEF e art. 7º do TODA, e ainda do de comunicação ao público, art. 8º do TODA e art. 15º do TOIEF. Nas palavras de José Carvalho “*Deixando aberta a porta à colocação à disposição do público para ser englobada noutra forma de comunicação, como fixada na solução de Ficsor, Vide artº 8, 10 e 12, TOIEF*”²⁸⁸.

Veja-se a redação dada ao “direito de colocação à disposição do público” em que estão bem patentes as características da ubiquidade da Internet, pois que como diz no art.10º do TOIEF, sob a epígrafe “Direito de colocar à disposição interpretações ou execuções fixadas” estipula que “Os artistas intérpretes ou executantes gozam do **direito exclusivo de autorizar a colocação à disposição do público** das suas interpretações ou execuções fixadas em fonogramas, por fio ou sem fio, de tal maneira que os membros do público **possam ter acesso a elas desde um lugar e num momento que individualmente escolherem**” (negrito nosso).

Igualmente disposto no art. 14º do mesmo tratado, na secção sobre os produtores de fonogramas, sob a epígrafe “Direito de colocar à disposição fonogramas”, está estipulado

²⁸⁷ CARVALHO, José Manuel de Seixas, *ob.cit.*,p. 16.

²⁸⁸ CARVALHO, José Manuel de Seixas, *Ibidem*, *ob. cit.*, nota de rodapé da pág. 16.

que “Os produtores de fonogramas gozam do direito exclusivo de autorizar a **colocação à disposição do público** dos seus fonogramas, por fio ou sem fio, de tal maneira que os membros do público possam ter acesso a eles **desde um lugar e num momento que individualmente escolherem**” (negrito nosso).

Acrescenta o art. 15º, no ponto 4 que “Para os fins deste artigo, os fonogramas colocados à disposição do público, por fio ou sem fio, de maneira que os membros do público possam ter acesso a esses fonogramas desde um lugar e num momento que individualmente escolherem, serão considerados como se tivessem sido publicados para fins comerciais”.

No que concerne ao direito de remuneração, o art. 15º do citado diploma diz-nos que “Os artistas intérpretes ou executantes e os produtores de fonogramas gozam do direito a uma remuneração equitativa e única pela radiodifusão ou por qualquer comunicação ao público”.

Nas palavras de José Carvalho “Este DCDP consiste, portanto, no ato conferido ao titular de uma obra ou prestação de a colocar à disposição do público num local e num momento em que os membros deste individualmente escolherem aceder-lhe ²⁸⁹. E o mesmo autor acrescenta que não obstante, como já vimos, este conceito estivesse abrangido pela Convenção de Berna, o DCDP trata-se de um direito da era digital.

Contudo, os artº 8º do TODA e art. 10º e art. 14º do TOIEF foram vertidos no art. 3º da Diretiva 2001/29/CE, que consagrou uma definição abrangente de reprodução incluindo todo e qualquer tipo de reprodução possível na Internet, corroborado pelo considerando 29 que diz “A **questão do esgotamento não é pertinente** no caso dos serviços em especial dos serviços em linha (...), cada serviço em linha constitui de facto um ato que deverá ser sujeito a autorização quando tal estiver previsto pelo direito de autor ou direitos conexos”. (negrito nosso).

²⁸⁹ CARVALHO, José Manuel de Seixas, ob. cit., p.17.

O nº 2 do artigo 3º da Diretiva 2001/29/CE diz-nos que: “Os Estados – Membros devem prever que o direito exclusivo de autorização ou proibição de **colocação à disposição do público**, por fio ou sem fio, por forma a que seja acessível a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido, cabe: a) Aos artistas intérpretes ou executantes, para as fixações das suas prestações; b) Aos produtores de fonogramas, para os seus fonogramas; c) Aos produtores de primeiras fixações de filmes, para o original e as cópias dos seus filmes; e d) Aos organismos de radiodifusão, para as fixações das suas radiodifusões, independentemente de estas serem transmitidas por fio ou sem fio, incluindo por cabo ou satélite.(negrito nosso).

Não podemos deixar de estar de acordo com alguns autores que consideram a sua consagração realçando a importância do direito de colocação à disposição do público “como um dos direitos patrimoniais de exploração mais importantes, quer para autores, quer para titulares de direitos conexos (...)”²⁹⁰.

Alguns autores sobre esta matéria, em concreto sobre o art. 8º do TODA, com a epígrafe “Direito de Comunicação ao Público”, considerando que logo numa primeira vista, tem três características “a não especialização do regime da utilização informática de obras; esta vem referida a título de ilustração de um regime geral; a integração no direito de comunicação ao público, e a definição do núcleo essencial como um direito de colocação à disposição do público das obras”²⁹¹.

E acrescenta ainda o Ilustre Professor que “Esclarece-se depois, muito à medida da transmissão eletrónica que na realidade se tinha em vista, que essa colocação à disposição é feita de maneira que membros do público possam ter acesso a essas obras em tempos e lugares distintos. Portanto o momento que é tomado como decisivo é o da colocação da obra à disposição do público; é sobre esse que deve recair a autorização do autor. Mas acrescenta-

²⁹⁰ ROCHA, Vitória, *O direito de colocação à disposição dos artistas intérpretes ou executantes no Código de Direito de Autor e Direitos Conexos (CDADC): questões suscitadas pelo nº 4 do art. 178º*, p. 5.

²⁹¹ ASCENSÃO, Oliveira, *Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, p. 127.

se que esse direito se integra no direito de comunicação pública. A primeira parte é verdadeira; a segunda não”²⁹².

E continua o professor em prol da sua visão sobre o DCDP que “é verdade que o que há de autónomo é o ato prévio de autorização, sem o qual a obra não pode ser colocada em base de dados ou de qualquer outro modo posta à disposição do público. Este ato é independente de qualquer utilização. É um ato instrumental em relação à prevista utilização pública, mas não pode fazer-se sem a autorização do autor. É, pois, este ato, e não a transmissão, ou a distribuição, ou a reprodução, que devem representar o cerne da tutela. Mas já não é verdade que esse ato represente uma comunicação ao público.”

E acrescenta “só há comunicação ao público, por natureza, quando há um ato de comunicação. Um ato de comunicação é um ato voluntário, com o fim de comunicar. Supõe por natureza um comunicante e um destinatário da mensagem. Mas na colocação em rede à disposição do público não há nada disto. Tudo se esgota com o próprio ato de colocação em rede. Qualquer ato de transmissão posterior é já, em termos de direito de autor irrelevante. É muito nítida a posição da lei: o decisivo é a própria colocação em rede à disposição do público. Esse ato é reservado por si, ainda que nenhuma transmissão subsequente se tenha ainda realizado”²⁹³.

Mais à frente na sua obra diz-nos que “também a afirmação de que o direito de comunicação pública compreende o direito de colocação à disposição do público não pode ser aceite”²⁹⁴, acrescentando que o direito de comunicação pública nasceu para englobar comunicações presenciais coletivas da obra. Recebeu duas extensões, facultadas por meios técnicos: 1) a extensão da apresentação ao vivo a público diferente, através de alto-falantes ou sistema

²⁹² ASCENSÃO, Oliveira, *Ibidem*, ob.cit. p. 128.

²⁹³ ASCENSÃO, Oliveira, *Ibidem*, ob.cit., p. 128.

²⁹⁴ ASCENSÃO, Oliveira, *Ibidem*, ob.cit., p. 182.

análogo; 2) a comunicação por radiodifusão. Mas continuou sempre a ter por pressuposto uma noção de público que engloba a simultaneidade na receção da comunicação”²⁹⁵.

Acrescenta ainda que no que se relaciona com o acesso às obras colocadas à disposição do público e seguindo o seu raciocínio de que apenas é protegido o ato de prévio da autorização para a sua colocação à disposição diz que “a restrição do acesso não garante o direito de autor; garante a remuneração do produtor”²⁹⁶.

Refira-se ainda que possa existir uma interação entre o direito de reprodução e o direito de colocação à disposição do público, são direitos autónomos, podendo ser exercidos de forma independente, e podem ser aplicados cumulativamente ao mesmo ato, um ato de *upload* (permitindo a um “público” aceder à obra), podendo ser qualificado como um ato de colocação à disposição do público e ainda em atos de reprodução²⁹⁷.

7.2. O direito de colocação à disposição *online* para acesso “on demand”

Como nos diz José Manuel de Seixas Carvalho “a facilidade com que passou a fazer-se o acesso à informação digital no início dos anos 90, desde a criação do *Mosaic* 1.0 e, mais ainda, com o posterior protocolo HTTP, promoveu uma transição dos tradicionais mercados foto, vídeo e fonográficos para o ambiente digital”^{298 299}. Outra questão pertinente tem a ver com a possibilidade de incriminar os fornecedores de serviços pela violação dos direitos de autor e direitos conexos.

²⁹⁵ ASCENSÃO, Oliveira, *Ibidem*, ob.cit., pp. 182- 183.

²⁹⁶ ASCENSÃO, Oliveira, *Ibidem*, ob.cit., p.185.

²⁹⁷ TRAILLE, Jean Paul, DEPREUW, HUBIN; Jean-Benoît, *Study on the Making Available Right and its Relationship With The Reproduction Right in Cross-Border Digital Transmissions*, European Union, 2015, p. 68 (tradução nossa).

²⁹⁸ TRAILLE, Jean Paul, DEPREUW, HUBIN; Jean-Benoît *Ibidem* ob. cit., p.12.

²⁹⁹ O *Hypertext Transfer Protocol*, sigla HTTP (em português Protocolo de Transferência de Hipertexto) é um protocolo de comunicação (na camada de aplicação segundo o Modelo OSI) utilizado para sistemas de informação de hipermídia, distribuídos e colaborativos. Ele é a base para a comunicação de dados da World Wide Web- definição da wikipédia.

Esta possibilidade está consagrada também na Diretiva 2004/48 (Diretiva *Enforcement*, (com aplicação a todos os direitos de propriedade intelectual) no seu artigo 11º “ Os Estados Membros devem garantir igualmente que os titulares dos direitos possam requerer uma medida inibitória contra intermediários cujos serviços sejam utilizados por terceiros para violar direitos de propriedade intelectual, sem prejuízo do nº 3 do artigo 8º da Diretiva 2001/29/CE.

Estas medidas tiveram a sua consagração legal no ordenamento português através dos artigos 210º J e 227º/2 do CDADC, podendo considerar-se que entre as medidas a adotar, podem ser o bloqueio do acesso a um sítio específico como também a existência de uma ordem de proibição de acesso à internet a um determinado utilizador ³⁰⁰.

Ressalva-se que a Jurisprudência do TJUE tem considerado que o endereço IP é um dado pessoal, sendo a sua divulgação sujeita a condições muito restritas, como já foi decidido em outros acórdãos ³⁰¹.

Mais à frente neste estudo iremos analisar um caso que envolveu fornecedores de acesso à internet e o conceito de “intermediário cujos serviços sejam utilizados por terceiros para violar um direito de autor ou direitos conexos”, vertido no nº 3 do artigo 8º da Diretiva 2001/29/CE ³⁰².

8. A portabilidade transfronteiriça

Diretamente relacionada com a nossa matéria de pesquisa importa tecer algumas considerações sobre a portabilidade transfronteiriça, concretamente, dos serviços de conteúdos em linha no mercado interno e as suas implicações na tutela do direito de autor. Esta matéria é a par da regulamentação do direito de autor e dos direitos conexos e na

³⁰⁰ SILVA, Nuno Sousa e, *A Internet –um objeto para o Direito Administrativo Global*, nota de rodapé 17.

³⁰¹ Cfr com o caso *Bonnier Audio* C-461/10 (TJUE).

³⁰² Veja-se o ponto 9.2.3. sobre o caso UPC.

possibilidade de colocação à disposição do público de obras protegidas, importante para que se esclareça os contornos e se facilite a divulgação desses conteúdos entre Estados Membros.

Sobre esta matéria existe uma Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, COM (2015) 627 final de 9.12.2015, que visava assegurar a portabilidade transfronteiras dos serviços de conteúdos em linha no mercado interno. A esta proposta seguiu-se a Resolução Legislativa do Parlamento Europeu, de 18 de maio de 2017, sobre a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, que visa assegurar a portabilidade transfronteiras dos serviços de conteúdos em linha no mercado interno. Vejamos algumas das principais ideias e motivações para a elaboração esta proposta, tendo em conta que um Regulamento da União Europeia tem aplicação direta em todos os Estados Membros.

Esta proposta prende-se com a constatação de que os consumidores em toda a União Europeia têm um acesso permanente aos serviços de conteúdos em linha que são fornecidos licitamente no seu Estado - membro de residência. Acresce que como já vimos existe a preocupação da livre circulação de bens e serviços no mercado interno, já alvo de uma Diretiva “Serviços”³⁰³.

Existe a preocupação de assegurar que os consumidores possam ter acesso aos conteúdos em outros Estados Membros, que não o de residência, tanto mais que com o avanço das tecnologias, com telemóveis inteligentes e *tablets* há uma grande facilidade nesse consumo. Tendo em conta que, como já vimos, os direitos de transmissão de conteúdos protegidos para além de variarem de um setor para outro, por exemplo no caso de obras audiovisuais, são muitas vezes alvo de uma licença concedida numa base territorial, também se pode colocar o caso de os prestadores de serviços puderem optar por servir apenas alguns mercados específicos.

³⁰³ A Diretiva 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno, de 27.12.2006.

Relativamente a acontecimentos desportivos que não estejam protegidos por direitos de autor ou direitos conexos ao abrigo do direito da União Europeia, podem estar ao abrigo do direito nacional, estes conteúdos são muitas vezes disponibilizados por prestadores de serviços de conteúdos em linha, numa base territorial. De notar que a transmissão desses conteúdos por organismos de radiodifusão está protegida por direitos conexos, que foram objeto de harmonização pela Diretiva Serviços de Comunicação Social Audiovisual ³⁰⁴.

Os serviços de conteúdos em linha são comercializados muitas vezes, em forma de pacote, incluindo conteúdos protegidos por direitos de autor e direitos conexos, como por conteúdos que não estão protegidos por qualquer direito de propriedade intelectual.

Este Regulamento deverá contemplar as transmissões de conteúdos na sua totalidade dos organismos de radiodifusão, sendo também aplicável aos serviços de comunicação social audiovisual, na aceção da Diretiva Serviços de Comunicação social Audiovisual

A aplicação deste regulamento implica que o conceito de portabilidade transfronteiriça de serviços de conteúdos em linha, não deva ser confundido com o conceito de acesso transfronteiriço por consumidores aos serviços de conteúdos em linha, prestados noutro Estado Membro, que não o de residência, pois que não está incluído no âmbito deste regulamento.

O Regulamento será aplicável nas situações em que os prestadores de serviços em linha contratam com os seus assinantes a utilização dos conteúdos protegidos, previamente licenciados pelos titulares de direitos, seja em caso de *streaming*, por descarregamento, ou aplicação que permita o seu acesso.

³⁰⁴ A Diretiva 2010/13/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de março de 2010, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros respeitantes à oferta de serviços de comunicação social audiovisual.

Os assinantes deverão pagar uma prestação pecuniária, que poderá ser ao prestador de serviços ou a outra entidade, que ofereça um pacote combinado de telecomunicações e um serviço de conteúdos em linha, oferecidos por outro prestador de serviços.

Registe-se que neste regulamento é feita a distinção entre o pagamento de uma taxa obrigatória para os serviços públicos de radiodifusão, em contraponto com o pagamento de uma prestação pecuniária por um serviço de conteúdos em linha.

A disponibilização da portabilidade transfronteiriça parte do pressuposto de que os conteúdos neles disponíveis, devam ser considerados como tendo sido efetuados no Estado - membro de residência do assinante, sem terem que ter sido adquiridos os direitos relevantes neos outros Estados - membros. Acresce que este mecanismo legal tem como objetivo assegurar a portabilidade transfronteiriça dos serviços de conteúdos em linha, devendo ser prestado licitamente tanto no Estado - membro de residência como nos outros Estados - membros, onde o assinante tem acesso às obras.

No que concerne à concessão de licenças relativas aos direitos de autor ou direitos conexos, o regulamento estipula que os atos de reprodução, da comunicação ao público e da colocação à disposição do público, deverão ser considerados como tendo sido realizados no Estado Membro de residência do assinante, mesmo tendo sido efetuados em outros Estados Membros. Consequentemente, não será considerada uma violação dos direitos de autor ou direitos conexos por parte dos prestadores de serviços quando prestam o serviço em linha.

O Regulamento impõe que os prestadores de serviços em linha verifiquem com toda a certeza (nomeadamente através de informações sobre a faturação), de que o Estado Membro de residência do assinante é um Estado da União Europeia, pois só a estes lhes é aplicado o Regulamento.

Realce-se que conforme estipula o art. 6º deste regulamento apesar de ter sido pensado para os prestadores de serviços em linha que cobrem uma prestação pecuniária pelos seus serviços,

este artigo abre a possibilidade de equiparação aos que não cobrem qualquer prestação pecuniária.

Contudo, para estes prestadores de serviços é exigido que comuniquem aos titulares de direitos essa intenção. Esta medida veiculada por este regulamento faz parte do “mercado único digital” e em consonância com a COM (2015) 626 final ³⁰⁵, que harmoniza os direitos de autor e direitos conexos na União Europeia

Contudo esta proposta levantou algumas dúvidas sobre a sua bondade, veja-se o que diz Paulo Pimenta Lopes “A proposta beneficiará em primeira instância, as grandes multinacionais do sector, principais operadores e fornecedores de conteúdos, em detrimento do sector público e dos pequenos produtores. Identificamos o risco de um cada vez maior controlo dos conteúdos disponibilizados, a par do risco de aumento dos preços dos serviços por harmonização, por cima, da oferta. Por outro lado, as redes de países periféricos com forte afluência turística, podem ser sujeitas a sobrecargas sazonais, com prejuízo para utilizadores domésticos, seja por aumento de custos dos operadores para dar resposta, seja por saturação das redes. Razões que motivaram a abstenção” ³⁰⁶.

Pensamos que este Regulamento poderá levantar algumas questões muito importantes no que à tutela dos direitos de autor ou direitos conexos releva. Aliás a Comissão de Cultura, Comunicação, Juventude e Desporto, através do ofício nº 12/CCCJD/2016, do qual consta o relatório sobre a Proposta COM (2015) 627, chama a atenção para esse particular.

Comungamos da mesma inquietação quando a relatora Inês de Medeiros diz que “a possibilidade de acesso, sem limites, num Estado Membro a um determinado serviço subscrito noutro Estado, sem que seja respeitado o princípio da territorialidade poderá

³⁰⁵ COM (2015) 626 final, de 09/12/2015, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões - rumo a um quadro de direitos de autor moderno e mais europeu.

³⁰⁶ Declaração de voto de João Pimenta Lopes no parlamento europeu (deputado ao parlamento europeu), disponível em <http://www.pcp.pt/>. Acesso em 13.3.2018.

acarretar consequências graves para a indústria audiovisual a nível europeu”³⁰⁷, para além de que não define alguns conceitos fundamentais para a aplicação deste regulamento, nomeadamente o conceito de “presença temporária” do assinante em outro Estado Membro³⁰⁸.

9. A radiodifusão retransmitida por rede informática em simultâneo (*streaming*)

Vejamos agora o ponto fulcral da nossa pesquisa após esta incursão pelas matérias que de uma forma ou de outra vieram a transformar-se neste novo conceito de radiodifusão, chamemos-lhe assim, e que pela sua própria natureza levanta questões muito pertinentes de tutela dos direitos de autor e dos direitos conexos

9.1. O conceito

A tecnologia do *streaming* consiste no envio de informações multimédia, através da transferência de dados, com a utilização de redes de computadores, em especial com o uso da Internet, tendo sido criada para tornar as conexões muito mais rápidas. O *streaming* pode contemplar conteúdo de áudio ou audiovisual, assim como a consulta de um texto ou imagens *on-line*, tem a característica de que nenhuma cópia permanente é salva pelo utilizador, pois que estará na sua posse apenas para ouvir ou ver o programas.

Hoje as tecnologias mais conhecidas e difundidas para transmissão e distribuição de sinal *streaming* são o Flash Media Adobe e o Red5³⁰⁹. Como exemplo de um sítio da Internet que disponibiliza serviços em *streaming*, Miguel Ángel Benzal diretor da EGEDA³¹⁰ diz-nos que o sítio filmotech³¹¹ é um sítio de aluguer de filmes em espanhol que disponibiliza os filmes

³⁰⁷ Cfr. p. 9 deste relatório.

³⁰⁸ Cfr. p. 7 do mesmo relatório.

³⁰⁹ Red5 é um aplicativo de servidor RTP em código aberto para o Flash escrito em Java que suporta: *Streaming* de Audio/Video Gravação de *Streaming* de Cliente *Shared Objects* Publicação em Tempo Real Remoting - Wikipédia.

³¹⁰ EGEDA- Entidade de gestão de direitos dos produtores audiovisuais.

³¹¹ Para mais informações ver www.filmotech.com/.

em *streaming*, através de duas modalidades de funcionamento, a tarifa plana de clube de filme³¹² e a Taquilla³¹³.

No que respeita às tarifas aplicadas estas seguem os mesmos critérios que para a comunicação ao público, sendo que na perspetiva da BUMA/STEMRA³¹⁴ deverão aumentar nos próximos anos, com base na percentagem do rendimento total dos fornecedores de música *on-line* gerados (de modelos baseados em publicidade ou baseados em assinatura) na Holanda³¹⁵.

No caso da *Spotify*³¹⁶ procede à remuneração dos titulares de direitos ao alocar 70% da sua receita mensal para pagamento de royalties. Esse valor é então alocado aos autores e artistas de acordo com a sua popularidade, medido pelo número de fluxos em comparação com o número total de fluxos³¹⁷.

9.2. Jurisprudência sobre o direito de colocação à disposição do público e do *Streaming*

Para uma melhor e mais completa compreensão destes fenómenos recentes e interligados vejamos alguma jurisprudência sobre esta temática.

9.2.1. O caso *ITV/Tv Catchup*, C-275/15 (TJUE), de 01/03/2017

Vejamos o caso que opôs a *ITV Broadcasting Limited*, à *ITV2 Limited*, à *ITV Digital Channels Limited*, à *Channel Four Television Corporation*, à *4 Ventures Limited*, à *Channel*

³¹² Onde os inscritos podem desfrutar de acesso ilimitado ao maior catálogo de cinema *on line* em língua espanhola durante o horário de inscrição escolhido

³¹³ É um sistema de aluguer individual de filmes, shorts ou séries por 48 horas.

³¹⁴ São duas organizações privadas dos Países Baixos que operam conjuntamente como empresa única que atua nesse país para o recolha e distribuição dos valores dos direitos de autor para compositores e editoras musicais.

³¹⁵ European Commission, *Remuneration of authors and performers for the use of their works and the fixations of their performances*, p. 72. (tradução nossa)

³¹⁶ *Spotify* é um serviço de streaming de música, podcast e vídeo que foi lançado oficialmente em 7 de outubro de 2008. É o serviço de *streaming* mais popular e usado do mundo. Ele é desenvolvido pela *startup Spotify AB* em Estocolmo, Suécia. Wikipédia

³¹⁷ European Commission, *Remuneration of authors and performers for the use of their works and the fixations of their performances*, p. 72. (tradução nossa)

5 Broadcasting Limited, à *ITV Studios Limited* à *TV Catchup Limited*, que se encontrava sob administração judicial, à *TV Catchup (UK) Limited* e à *Media Resources Limited*, por estas últimas terem procedido à difusão através da Internet, das emissões televisivas difundidas pelas recorrentes.

A TVC disponibilizava na Internet serviços de difusão de emissões televisivas gratuitas, em “direto”, incluindo as outras emissões difundidas pelas outras recorrentes. A TVC tendo sido colocada sobre administração judicial, a sua atividade comercial passou a ser exercida pela TVC UK, ao abrigo de uma licença concedida pela *Media Resources Limited*.

Uma das questões prejudiciais que foi submetida ao Tribunal de Justiça prendia-se com a interpretação do conceito de “comunicação ao público”, previsto no art. 3º, nº 1 da Diretiva 2001/29/CE. A questão prendia-se pelo facto de as requerentes serem radiodifusoras de televisão comercial, sendo titulares dos direitos de autor sobre as suas próprias emissões televisivas e sobre os filmes e outros conteúdos que integravam as suas emissões, ao abrigo da legislação nacional. A outra questão prejudicial tinha por objeto a interpretação do artigo 9º da Diretiva 2001/29/CE (sobre o acesso ao cabo de serviços de radiodifusão).

O Tribunal na prolação da decisão realçou o vertido no considerando 29 da diretiva 2001/29/CE, ao impor na sua interpretação jurídica os princípios e normas já anteriormente estabelecidas pelas diretivas 91/250/CEE ³¹⁸, 92/100/CEE ³¹⁹ e 93/83/CEE do Conselho ³²⁰.

O TJUE considerou ainda que à luz do Direito do Reino Unido, concretamente, o estabelecido na Lei do “*Copyright, Designs and Patents Act 1988*”, alterado pelas “*Copyright and related Rights Regulations 2003*” (decreto de 2003 relativo ao direito de autor e direitos

³¹⁸ Diretiva 91/250/CEE do Conselho, de 14 de Maio de 1991, relativa à protecção jurídica dos programas de computador.

³¹⁹ Diretiva 92/100/CEE do Conselho, de 19 de Novembro de 1992, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos aos direitos de autor em matéria de propriedade intelectual.

³²⁰ Diretiva 93/83/CEE do Conselho, de 27 de Setembro de 1993, relativa à coordenação de determinadas disposições em matéria de direito de autor e direitos conexos aplicáveis à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo.

conexos “CPDA”), que transpôs a Diretiva 2001/29/CE, na sua secção 73, estavam previstas as disposições legais aplicáveis ao caso, sob a epígrafe «Receção de uma obra radiodifundida e retransmissão da mesma por cabo”.

Assim, no nº 1, da secção 73, diz que “a presente secção é aplicável quando uma obra radiodifundida a partir do Reino Unido é captada e retransmitida da mesma por cabo”, o nº 2, da mesma secção diz que “não há violação do direito de autor de uma obra radiodifundida: a) se a retransmissão por cabo obedecer a uma exigência a ter em conta, ou b) se e na medida em que a obra é radiodifundida com vista a uma receção na zona onde é retransmitida por cabo e se e na medida em que faz parte de um serviço previsto”.

Esta secção 73 termina com o disposto no nº 3, que diz “o direito de autor sobre qualquer obra incluída no conteúdo radiodifundido não é violado se e na medida em que o referido conteúdo é radiodifundido com vista a uma receção na zona onde a obra é retransmitida por cabo”.

No que se refere à interpretação do art. 9º da Diretiva 2001/29/CE, era saber se esta disposição permitia a aplicação de uma disposição de direito nacional e, se o alcance do termo “cabo” poderia ser definido pelo direito nacional de cada Estado membro, ou se teria de estar subordinado ao significado atribuído pelo direito da União. No caso de estar subordinado ao direito da União se o seu significado específico, em termos tecnológicos, era aplicável unicamente a redes de cabo tradicionais exploradas por prestadores de serviços convencionais de televisão por cabo.

Na hipótese da resposta ser negativa, saber se o conceito “cabo” teria um significado neutro, em termos tecnológicos, que abrangesse serviços funcionalmente transmitidos através da internet. Ainda se em qualquer caso incluía a transmissão de energia de micro-ondas entre pontos terrestres. E ainda se seria de aplicar as disposições que obrigam as redes de cabo a retransmitir certas emissões ou [...] a disposições que permitem a retransmissão de emissões por cabo [...] sempre que as retransmissões sejam simultâneas e se limitem às zonas em que

se destinam a ser recebidas e/ou [...] sempre que estejam em causa retransmissões de emissões em canais sujeitos a determinadas obrigações de serviço público

Em relação à terceira questão, cuja resposta era a mais importante era se o conceito de “acesso ao cabo de serviços de radiodifusão”, devia ser interpretado no sentido de que decorria desta disposição e era por ela autorizada uma regulamentação nacional que previsse a inexistência de violação do direito de autor em caso de retransmissão imediata por cabo, incluindo, se fosse caso disso, através da Internet, na zona de radiodifusão inicial, de obras radiodifundidas em canais de televisão submetidos a obrigações de serviço público”.

Na falta de remissão expressa para o direito dos Estados membros, o conceito de “acesso ao cabo dos serviços de radiodifusão”, prevista no art. 9º da Diretiva 2001/29/CE, devia ser encontrado em toda a União, uma interpretação autónoma e uniforme deste conceito (cfr. caso *Padawan*- C-467/08) ³²¹. O termo “acesso ao cabo” difere do conceito “retransmissão por cabo”, que pela diretiva 2001/29/CE, só este último conceito designa a “difusão de um conteúdo audiovisual”.

Contudo a Diretiva Satélite Cabo só prevê a harmonização mínima de determinados aspetos da proteção de direitos de autor e dos direitos conexos, em caso de comunicação ao público por satélite ou retransmissão por cabo de emissões provenientes de outros Estados Membros, cfr. Acórdão SGAE, sendo que no caso que estava em análise respeitava apenas a uma retransmissão num único Estado Membro.

Havia ainda que ter em conta que a Diretiva 2001/29/CE, tem como objetivo estabelecer um elevado nível de proteção dos autores, de molde a permitir-lhes receber uma remuneração adequada pela utilização das suas obras, nomeadamente pela comunicação ao público (cfr. Acórdão *Football Association Premier League*).

³²¹ Veja-se o ponto 4.2.2. sobre este caso.

O Tribunal de Justiça já tinha declarado anteriormente que o conceito de “comunicação ao público” vertido no art. 3º, nº 1 da diretiva 2001/29/CE, em conjugação com o considerando 23 ³²², devia ser entendido em sentido lato, ou seja, uma retransmissão através de um fluxo Internet configurava uma comunicação ao público ³²³.

O acórdão considerou ainda que decorria da falta de consentimento do autor que essa retransmissão não seria permitida, a não ser que estivesse incluída no art. 5º da Diretiva 2001/29, que previa as exceções e limitações e ainda que era irrelevante que a difusão inicial das obras protegidas ocorresse ou não, em canais de televisão sujeitos a obrigações de serviço público.

Assim, o conceito de “acesso ao cabo de serviços radiodifusão” do art. 9º da diretiva 2001/29, devia ser interpretado no sentido de que não decorria desta disposição nem seria por ela autorizada uma regulamentação nacional que previsse a inexistência de violação do direito de autor em caso de retransmissão imediata por cabo, incluindo se fosse caso disso, através da Internet, na zona de radiodifusão inicial, de obras radiodifundidas em canais de televisão sujeitos a obrigações de serviço público.”.

Estas conclusões não são afetadas pelo facto da retransmissão em causa ser financiada pela publicidade e ter um carácter lucrativo, nem influenciada pelo facto de a retransmissão ser efetuada por uma entidade que se encontrava em concorrência direta com o radiodifusor de origem.

9.2.2. O Caso *Stichting Brein /Jack Wullems*, C-527/15 (TJUE), de 26/04/2017

Este acórdão debruçou-se sobre o litígio que opôs a *Stichting Brein*, uma fundação que defende os titulares de direitos de autor holandesa contra *Jack Frederik Wullems*, empresa que comercializava leitores multimédia, em vários sítios Internet e, que através da instalação nesses aparelhos de um *software* de fonte aberta em que foram integradas aplicações que

³²² Transcrito na p. 46.

³²³ Ver acórdão ITV Broadcasting C-607/11, ponto 9.2.1.

remetiam para sítios Internet, davam acesso a obras protegidas sem o consentimento dos titulares de direitos.

A *Stichting Brein* demandou a *Jack Frederik Wullens* para que esta fosse obrigada a terminar com a venda dos leitores multimédias ou em alternativa fazer cessar a disponibilização às hiperligações, que permitiam o acesso ilegal a obras protegidas, invocando que esta efetuava uma “comunicação ao público”.

A demandada veio alegar que o *streaming* de obras protegidas a partir de fontes ilícitas, era uma exceção ao abrigo da lei holandesa, devendo ser interpretada de acordo com o art. 5º, nº 1 da Diretiva 2001/29/CE ³²⁴, porém, o TJUE nunca se tinha pronunciado sobre o conceito de utilização legítima.

A questão prejudicial posta à consideração do TJUE era se devia o nº 1 do art. 3º, da Diretiva 2001/29/CE, ser interpretado no sentido de que existia uma “comunicação ao público”, na aceção desta disposição, quando alguém vendia um produto (leitor multimédia) em que tivesse instalado aplicações complementares que continham hiperligações para sítios Internet, onde se encontravam acessíveis obras protegidas pelo direito de autor, tais como filmes, séries e emissões em direto, sem a autorização dos respetivos titulares de direitos.

O TJUE considerou a necessidade de resposta a algumas dúvidas para decidir a questão, tal como, saber se as obras protegidas ainda não tinham sido divulgadas ao público na Internet, ou apenas o tenham sido através de uma assinatura com a autorização dos respetivos titulares do direito, saber se as aplicações complementares que continham hiperligações para sítios Internet estavam livremente acessíveis na Internet e podiam ser instaladas no leitor multimédia pelo próprio utilizador e, por último, saber se os sítios Internet, onde eram

³²⁴ O art. 5º, nº 1 da Diretiva refere-se às exceções e limitações, aos atos de reprodução temporária, e que permitam uma utilização legítima, alínea b) do citado artigo.

disponibilizadas as obras protegidas também podiam ser acedidas pelo público sem intermédio do leitor multimédia em causa.

No que respeitava ao conceito de “utilização legítima” na aceção do artigo 5º, nº 1 alínea b), da Diretiva 2001/29, era entendida como uma reprodução temporária, por um utilizador final, na transferência em contínuo (*streaming*), de uma obra protegida a partir de um sítio Internet de um terceiro, onde esta obra se encontrava divulgada sem a autorização dos respetivos titulares.

No caso das aplicações complementares não estarem acessíveis ao público, então saber se a reprodução temporária por um utilizador final na transferência em contínuo (*streaming*), de uma obra protegida, a partir de um sítio Internet, onde esta obra se encontra divulgada, sem a autorização dos respetivos titulares, violava a regra dos três passos, prevista no nº 5 do artigo 5º da Diretiva 2001/29.

Foi este acórdão que delimitou e clarificou o conceito de “comunicação ao público”, assim, para se considerar que uma obra protegida foi objeto de ato de “comunicação ao público”, deveria ser comunicada segundo uma técnica específica, diferente das até então utilizadas. Não estando preenchido esse requisito, então seria de ter em conta o conceito de um “público novo”, ou seja, contabilizado como público novo, aquele público que não foi tomado em linha de conta aquando da autorização inicial pelos titulares de direitos.

O TJUE considerou que não era irrelevante o carácter lucrativo de uma comunicação, mas ainda que para configurar um “ato de comunicação”, seria suficiente que uma obra fosse colocada à disposição do público, para que este pudesse ter acesso a ela a partir do local e do momento que escolhessem, não sendo determinante que utilizassem essa faculdade.

Particularmente interessante é o facto de este acórdão se focar no conceito de público, relevante para a qualificação de uma “comunicação ao público”. No seu entendimento “público” na aceção do nº 1 do art. 3º da Diretiva 2001/29/CE, “visa um número

indeterminado de destinatários potenciais e implica, por outro lado, um número de pessoas bastante importante”.

O TJUE declarou que “O conceito de comunicação ao público” na aceção do art. 3º, nº 1 da Diretiva 2001/29/CE, devia ser interpretado no sentido de que abrangia a venda de um leitor multimédia, como o que estava em causa no processo principal, no qual foram pré-instaladas aplicações complementares, disponíveis na Internet, contendo hiperligações que remetiam para sítios Internet, livremente acessíveis ao público, nos quais foram colocadas à disposição do público obras protegidas por direitos de autor sem autorização dos titulares desses direitos.

Este Tribunal também considerou que perante a jurisprudência já emanada deste Tribunal “que a colocação, num sítio Internet, de hiperligações para obras protegidas que foram livremente disponibilizadas noutro sítio Internet, com a autorização dos titulares dos direitos de autor destas obras, não pode ser qualificada de “comunicação ao público”.

O Tribunal declarou ainda que, se ficasse demonstrado que uma pessoa que ofereceu um acesso a obras protegidas sabia, ou deveria saber, que a hiperligação que colocou dava acesso a uma obra publicada ilegalmente na Internet, devia considerar-se que a disponibilização dessa ligação constituía uma “comunicação ao público”, na aceção do artigo 3º, nº 1, da Diretiva 2001/29/CE.

No que respeita às hiperligações, o TJUE entendeu que constituía uma presunção ilidível, o facto de no caso de as hiperligações serem disponibilizadas com intuito comercial, os autores dessas disponibilizações tenham verificado que a obra em causa não estava ilegalmente publicada no sítio Internet, constituindo assim numa “comunicação ao público”.

O Tribunal também esclareceu que os requisitos vertidos no artigo 5º, nº 1 da Diretiva 2001/29, são cumulativos no que se refere às exceções e que deviam ser objeto de uma interpretação estrita.

Por fim declarou que as disposições dos artigos 5º, nº 1 e 5, da Diretiva 2001/29, deviam ser interpretadas no sentido de que os atos de reprodução temporária, através de um leitor multimédia, como o que estava em causa no processo principal, de uma obra protegida por direitos de autor, obtida através de *streaming* num sítio Internet pertencente a um terceiro que disponibilizava essa obra, sem autorização do titular dos direitos de autor, não preenchiam os requisitos previstos nas referidas disposições.

9.2.3. O caso UPC, C-314/12 (TJUE), de 27/03/2014

O litígio que opôs a *Telekabel Wien GmbH*³²⁵ (ora em diante UPC) à *Constantin Film Verleih GmbH* (ora em diante *Constantim Film*) e à *Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH* (ora em diante *Wega*), prendia-se com um pedido de injunção de bloqueamento de acesso aos clientes de um sítio Internet da UPC, por parte da *Constantim Film* e da *Wega*, sociedades de produção cinematográfica, cujos filmes eram colocados à disposição do público, quer através da visualização, quer por meio de *streaming*, sem o seu consentimento.

Interposta a ação contra a UPC no Tribunal de Comércio de Viena (*Handelsgericht Wien*), foram aí requeridas medidas provisórias de bloqueio do acesso ao sítio da Internet, aos respetivos clientes, com a alegação de violação de direitos conexos, tendo este tribunal aplicado uma medida de proibição de acesso aos clientes da UPC, concretizados no bloqueio de domínio e do endereço IP (*Internet Protocol*)³²⁶, desse sítio e de todos os IPs de que se viessem a conhecer da UPC.

Após recurso para o Tribunal de Recurso de Viena (*Oberlandesgericht en*), foi de seguida interposto recurso para o Supremo Tribunal da Áustria (*Oberster Gerichtshof*), que decidiu submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia algumas questões prejudiciais

³²⁵ Empresa austríaca de fornecimento de pacotes TV, Internet. Para mais informação consultar <https://www.upc.at>.

³²⁶ O *Internet Protocol* é um protocolo de comunicação usado entre todas as máquinas em rede para encaminhamento dos dados- fonte wikipédia.

No que ao nosso estudo concerne o TJUE considerou que haveria de observar o considerando 59 da Diretiva 2001/29/CE, que menciona a faculdade de se solicitar uma injunção contra intermediários que facilitassem atos de violação de terceiros contra obras protegidas ³²⁷. A primeira questão era saber se o artigo 8º, nº 3, da Diretiva 2001/29, devia ser interpretado no sentido de que uma pessoa que, sem a autorização do titular dos direitos, colocasse à disposição na Internet material protegido (na aceção do artigo 3º, nº 2, da Diretiva 2001/29), utilizava os serviços do fornecedor de acesso à Internet das pessoas que acedem a esse material protegido.

Em caso de resposta negativa à primeira questão, era saber se deviam as reproduções efetuadas para uso privado (na aceção do artigo 5º, nº 2, alínea b) da Diretiva 2001/29 e reproduções transitórias ou episódicas (na aceção do artigo 5º, nº 1 da Diretiva 2001/29), serem apenas admissíveis, quando o exemplar que serviu para a reprodução tenha sido legalmente reproduzido, difundido ou tornado acessível ao público.

A terceira questão prendia-se com o facto de no caso de ser necessário decretar injunções contra o fornecedor de acesso à Internet e tendo em conta o vertido no artigo 8º, nº 3 da Diretiva 2001/29, saber se era compatível com o Direito da União impor ao fornecedor de acesso à Internet, a proibição de dar o acesso aos seus clientes às obras protegidas, não obstante ter feito prova de que tomou todas as medidas que lhe foram exigidas.

O Tribunal decidiu que o art. 8º, nº 3 da Diretiva 2001/29, devia ser interpretado no sentido de que uma pessoa que colocava material protegido à disposição do público, num sítio Internet, sem ter obtido a autorização do titular dos direitos na aceção do artigo 3º, nº 2, da

³²⁷ Considerando 59- “Nomeadamente no meio digital, os serviços de intermediários poderão ser cada vez mais utilizados por terceiros para a prática de violações. Esses intermediários encontram-se frequentemente em melhor posição para porem termo a tais atividades ilícitas. Por conseguinte, sem prejuízo de outras sanções e vias de recurso disponíveis, os titulares dos direitos deverão ter a possibilidade **de solicitar uma injunção contra intermediários** que veiculem numa rede atos de violação de terceiros contra obras ou outros materiais protegidos. Esta possibilidade deverá ser facultada mesmo nos casos em que os atos realizados pelos intermediários se encontrem isentos ao abrigo do art. 5º. As condições e modalidades de tais injunções deverão ser regulamentadas nas legislações nacionais dos Estados Membros”. (negrito nosso).

Diretiva 2001/29, utilizava os serviços do fornecedor de acesso à Internet das pessoas que consultavam esse material protegido, fornecedor esse que devia ser considerado intermediário na aceção do artigo 8º, nº 3 da Diretiva 2001/29.

Outras questões foram levantadas neste acórdão, nomeadamente, o facto de não sendo o intermediário a violar os direitos de autor e/ou conexos, se lhe deveria ser exigido os esforços financeiros e humanos para evitar essa violação autoral. Este acórdão pela sua relevância no atinente ao confronto entre os vários direitos fundamentais consignados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a Propriedade Intelectual tem merecido alguns artigos de opinião ³²⁸.

A liberdade de expressão e o interesse geral são dois direitos fundamentais que entraram em jogo neste acórdão, como já vimos supra, em que “A Propriedade Intelectual é vista como um direito fundamental, ou melhor como parte do direito fundamental à propriedade (art. 17 (2) CDFUE) ³²⁹. E, acrescenta o mesmo autor que “por isso mesmo, a privacidade dos utilizadores da Internet ou a liberdade de expressão, foram já considerados limites à ação dos titulares de direitos de exclusivo no sentido de garantir o seu respeito” ³³⁰.

Neste acórdão a questão fundamental foi de saber se era possível a imposição de obrigação de bloquear o acesso a um sítio da Internet, tendo a conta a preservação de outros direitos fundamentais, tais como a privacidade e o direito à informação por parte dos utilizadores da Internet.

Realce-se na facilidade que existe em criminalizar os intermediários, ou seja os provedores de serviços na Internet, de violação dos direitos de autor ou direitos conexos, por ser mais fácil a sua identificação, possuírem património e terem a sua sede num sítio mais localizado.

³²⁸ SILVA, Nuno Sousa e, *A perspectiva do equilíbrio entre a Propriedade Intelectual e (outros) Direitos fundamentais – A mais recente interpretação do artigo 8º/3 da Diretiva 2001/29 (UPC Telekabel Wien- C-134/12)*, Revista de Direito Intelectual nº 1 de 2015- Almedina, pp 209 - 223.

³²⁹ SILVA, Nuno Sousa e, *Ibidem*, ob. cit., p. 210.

³³⁰ SILVA, Nuno Sousa e, *Ibidem*, ob. cit., pp. 210-211.

Nuno Sousa e Silva questiona a definição de intermediário, tendo em conta o nº 3 do artigo 8º da diretiva 2001/29, ao dizer-nos que “Assim, as empresas que forneçam serviços de acesso preenchem os requisitos subjetivos do artigo 8º/3 em qualquer caso de violação de direitos de exclusivo ocorrido «com base» na sua ligação”. Por outras palavras a Jurisprudência do TJUE tem adotado uma noção de intermediário muito ampla considerando assim que um mero fornecedor de acesso possa ser considerado intermediário para os efeitos do artigo 8º, nº 3 da Diretiva 2001/29/CE.

Como já vimos anteriormente, o que estava em causa neste acórdão eram três direitos fundamentais, o direito de propriedade intelectual, a liberdade de empresa e a liberdade de informação dos utilizadores da Internet. Ou seja, o TJUE tem pugnado por um justo equilíbrio dos direitos fundamentais em jogo, sem contudo definir expressamente em que consiste esse justo equilíbrio, ficando essa tarefa para os Estados - membros.

9.2.4. O recurso especial 1559264/RJ/ - Brasil, de 08/02/2017

O Recurso especial 1559264/RJ, teve uma decisão que se poderá chamar histórica, sobre um caso de *streaming*. O caso referia-se a uma ação interposta pela ECAD³³¹ sobre as transmissões musicais pela Internet via *streaming*. O Supremo Tribunal de Justiça brasileiro considerou que o *streaming* de obra musical no ambiente digital é uma execução pública, podendo a ECAD proceder à arrecadação e cobrança dos direitos autorais e direitos conexos com a supervisão do Ministério da Cultura.

Esta consideração como “execução pública” estribou-se no estabelecido na Lei 9.610/98, e na consideração de que se considera a transmissão digital via *streaming* quando é realizada num local frequentado coletivamente, sendo irrelevante o número de pessoas que se

³³¹ ECAD - Escritório Central de Arrecadação e Distribuição- cujo objeto é a arrecadação e distribuição dos direitos autorais musicais. Para mais informação veja-se www.ecad.org.br/.

encontram no ambiente, podendo esse número indeterminado de pessoas aceder aos seus conteúdos quando entenderem.

Neste acórdão referem-se a outras variantes como o *simulcast*, como sendo uma retransmissão simultânea do conteúdo em outro meio de comunicação e no caso da estação de rádio já tiver pago direitos autorais em virtude da transmissão radiofónica não lhe será devido uma nova cobrança. Contudo, ao considerar-se que existe um novo público, diferente para o qual a obra estava licenciada é devido um outro pagamento. Em relação ao caso de *webcasting* o utilizador pode interferir na ordem de transmissão das obras, por via de criação de listas de reprodução de músicas

O tribunal constatando a inexistência de um controlo efetivo sobre as plataformas digitais e da contabilização dos conteúdos transmitidos, que tem causado prejuízo aos titulares de direitos, não só no *streaming* da música como do audiovisual, a que acrescia a falta de transparência e de prestação de contas por parte das entidades de gestão coletiva, recomenda uma supervisão especializada, quiçá, pelo Estado.

10. A tutela internacional do direito de autor

Algumas considerações se podem colocar na abordagem deste problema, que passará antes de tudo por um almejado equilíbrio entre a propriedade intelectual e o interesse público, “esses direitos constituem um incentivo à criação intelectual e à inovação; mas por outro, constituem monopólios legais, que restringem a utilização de bens intelectuais por parte dos consumidores e dos concorrentes no mercado, agravando o custo dos bens dessa natureza nele disponíveis e entravando a produção de novos bens a partir deles” ³³².

Ao longo deste trabalho fomos tendo a consciência de que o facto de ser quase impossível, tantas vezes, de detetar a origem da violação do direito de autor, ou, em que possam estar envolvidas várias jurisdições nacionais, contribui para que “no plano internacional, antecipa-

³³² VICENTE, Dário Moura, *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, Almedina 2008, p. 35.

se um papel cada vez mais importante para o direito internacional, já que as propostas de substituição do direito de conflitos tradicional pela harmonização geral do direito material não passariam de [impressionismo jurídico] conducente apenas a um impasse”³³³.

Contudo, alguns autores preconizam que a solução para as diferenças entre as várias legislações nacionais poderia passar por “(...) não obstante os esforços de harmonização e unificação internacional do Direito da Propriedade Intelectual, permanece nesta matéria um vasto leque de questões em que os sistemas jurídicos nacionais diferem entre si. Daí, a nosso ver, a necessidade de nas situações internacionais se determinar o direito aplicável a essas questões através de regras de conflito”³³⁴.

Perante o confronto com a possibilidade de ter de se encontrar soluções para a resolução dos conflitos, até então não experienciadas, pode dizer-se que se fala na “metamorfose do direito internacional privado”³³⁵.

Considerando-se que, havendo necessidade de regulação dos direitos intelectuais nas situações internacionais, outra das possibilidades seria, entre as várias correntes “(...) a que preconiza que que o tribunal a que o litígio é submetido construa, a partir dos sistemas jurídicos em presença e tendo em conta as *policies* prosseguidas pelas respetivas normas, regras materiais *ad hoc* adaptadas à natureza internacional das situações em apreço”³³⁶. Porém, existe uma forte crítica a esta alternativa que é o facto de que iria colidir com os direitos fundamentais dos envolvidos, pela falta de antevisão das regras aplicáveis

³³³ ISHIGURO, Kazunori, *Comment résoudre les conflits internationaux*, in Chatilkon (dir.), *Le droit international de l'internet*, 2002, p. 513, *apud* DIAS PEREIRA, Alexandre Libório, *Direito de Autor e Liberdade de Informação*- tese doutoramento Almedina, p. 354.

³³⁴ VICENTE, Dário Moura, *Ibidem*, ob.cit.p. 201.

³³⁵ FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, *Le droit international prive classique à l'épreuve des reseaux*, Chatillon (dir.), *Le droit international de l'Internet*, 2002, p. 67, *apud* DIAS PEREIRA, Alexandre Libório, *Ibidem*, ob.cit. p. 354.

³³⁶ VICENTE, Dário Moura, *Ibidem*, ob.cit., p. 204.

impossibilitando assim que o agente agisse em conformidade com as previsões normativas aplicáveis ao caso concreto.

Nesta matéria e seguindo de perto Dário Moura Vicente ³³⁷ existem as fontes internacionais, incluindo as convenções, que também estabelecem regras de Direito Internacional Privado, assim como os instrumentos que regulam os conflitos de leis no espaço; as fontes comunitárias, mais especificamente os que visam a unificação do Direito de Conflitos, como o Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo à lei aplicável às obrigações contratuais (Regulamento de Roma I).

Temos ainda o Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais «Regulamento de Roma II», cujas regras se aplicam na determinação da lei aplicável, mesmo quando remetem para a lei de um país exterior à União Europeia e, ainda as fontes nacionais, como as disposições das codificações internas de Direito Internacional Privado e de legislação avulsa.

Não nos podemos esquecer do princípio do primado do Direito Internacional e do Direito Comunitário sobre as fontes nacionais, como também não se olvide o carácter universal da Convenção de Roma.

Em resumo sobre a aplicação destes diplomas à propriedade intelectual, ou seja, o regime da propriedade intelectual em Direito Internacional Privado, caracteriza-se, em suma, por um pluralismo de fontes normativas, que reflete a própria diversidade das questões a regular e dos planos em que a regulamentação destas se encontra instituída.

Quanto ao princípio da territorialidade na aplicação do direito de autor, perante esta diversidade de normativos aplicáveis aos casos em concreto viu assim o seu exercício ser limitado “A territorialidade do direito de autor viu-se assim limitada no que respeita ao exercício, na Comunidade Europeia, do direito de distribuição dos exemplares de obras

³³⁷ VICENTE, Dário Moura, *Ibidem*, ob.cit., pp. 207 e ss.

literárias ou artísticas nela primeiramente colocados em circulação pelo seu titular ou com o seu consentimento”³³⁸.

Esta constatação da limitação do princípio da territorialidade, vem trazer uma nova visão sobre a aplicação do direito de autor “parecendo de todo o modo trazer para primeiro plano a insuficiência da abordagem centrada na territorialidade dos direitos de autor em favor do local da utilização relativamente às questões da existência, âmbito e duração dos direitos”³³⁹.

Como referem alguns autores existem duas orientações antagónicas, no que se relaciona com a determinação do direito aplicável à titularidade, ao conteúdo e ao âmbito da proteção conferida aos direitos dos autores sobre as suas obras, que podem sintetizar-se nas ideias de universalidade e territorialidade³⁴⁰. A ideia de universalidade pretende que seja aplicável a lei do país onde a obra foi publicada pela primeira vez ou por outra forma colocada à disposição do público.

10.1. A tutela do direito de autor nas transmissões em linha

A Comissão Europeia tem manifestado preocupação com a questão da tutela dos direitos de autor e direitos conexos nas transmissões em linha e na retransmissão de programas de rádio e televisão, tendo procedido à elaboração de uma Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, concretamente, a COM (2016) 594 final³⁴¹, de 14.9.2016.

Esta proposta tem como objetivo a promoção dos serviços transnacionais de serviços em linha acessórios às transmissões e a facilitação da retransmissão digital em redes fechadas de

³³⁸ SILVA, Miguel Moura e, *Direito da Concorrência. Uma introdução jurisprudencial*, Coimbra, 2008, p. 477 ss., *apud* VICENTE, Dário Moura, *ob.cit.*, p. 35.

³³⁹ EECHOUD, Mireille van, *Choice of law in copyright and related rights- Alternatives to the Lex Protections*, KLI, The Hague, 2003, p. 5226, *apud* DIAS PEREIRA, Alexandre Libório, *ibidem*, *ob.cit.*, p. 355.

³⁴⁰ VICENTE, Dário Moura, *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, p. 208.

³⁴¹ COM (2016) 594 final, Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14.9.2016 *que estabelece normas sobre o exercício do direito de autor e direitos conexos aplicáveis a determinadas transmissões em linha dos organismos de radiodifusão e à retransmissão de programas de rádio e televisão*.

programas de rádio e televisão de outros Estados Membros, com recurso à adaptação do quadro jurídico da União Europeia. Esta proposta pretende que o acesso dos consumidores aos programas de rádio e televisão aumente consideravelmente, assim como contribuir para que o mercado interno funcione sem fronteiras internas, mas, com prejuízo da garantia de um elevado nível de proteção dos titulares de direitos,

Esta proposta insere-se no âmbito de um programa ambicioso da União Europeia, já iniciada com a Estratégia para o Mercado único Digital ³⁴², que se seguiu a proposta de Regulamento do Parlamento Europeu para assegurar a portabilidade transfronteiras dos serviços de conteúdos em linha no mercado interno ³⁴³.

Tendo sido constatado de que os organismos de radiodifusão que transmitem programas, devem pagar as licenças para a transmissão de inúmeros programas, que incluem conteúdos protegidos, nomeadamente, obras musicais, audiovisuais, literárias ou gráficas e, que esta transmissão implica um processo de averiguação sobre os direitos de inúmeros titulares, complica-se substancialmente quando pretendem transmitir para além do seu próprio território.

É de notar que no concerne à transmissão por satélite de programas, o apuramento dos titulares de direitos é facilitado pela adoção da aplicação do princípio do país de origem, estabelecido na Diretiva Satélite Cabo (Diretiva 93/83/CEE), permitindo apurar os direitos de radiodifusão apenas num Estado Membro. Contudo, não tem aplicação quando os organismos de radiodifusão emitem serviços em linha, abrangendo apenas os seus serviços acessórios em linha.

³⁴² COM (2015) 192 final, de 6.5.2015, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões- *Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa*.

³⁴³ COM (2015) 627 final, de 9.12.2015, Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, *que visa assegurar a portabilidade transfronteiras dos serviços de conteúdos em linha no mercado interno*.

Note-se que a Diretiva Satélite Cabo prevê a gestão coletiva obrigatória para a retransmissão por cabo de programas de rádio e televisão de outros Estados Membros, sem, no entanto, abranger os serviços de retransmissão prestados por meios diferentes do cabo, ou seja, através de redes de comunicações eletrónicas fechadas, como a IPTV (televisão/rádio de circuito fechado de redes baseadas no protocolo IP).

Esta proposta adota o princípio do país de origem, significando assim que o ato relevante para efeitos de direito de autor, acontece unicamente no Estado Membro do estabelecimento do organismo de radiodifusão, introduzindo ainda a gestão coletiva obrigatória, para apuramento dos direitos aplicáveis aos serviços de retransmissão, fornecidos através de redes fechadas (exceto por cabo), em que serão os Estados membros a determinar as normas aplicáveis ao caso.

Esta proposta como já referimos, procede à implementação de mecanismos de facilitação de apuramento dos direitos de autor e direitos conexos em determinados tipos de retransmissão em linha de programas de rádio e televisão em redes fechadas. Apenas abrange os serviços acessórios em linha de organismos de radiodifusão e alguns serviços de retransmissão prestados através de IPTV e outras redes de comunicações eletrónicas fechadas.

Em 2015 foi efetuada uma avaliação sobre a aplicação da diretiva Satélite Cabo 93/83/CEE, em que se questionou a necessidade de estender estas normas à transmissão e retransmissão por meios diferentes do cabo ³⁴⁴, contudo a possibilidade de aplicação do princípio do país de origem não teve o mesmo acolhimento por todos os intervenientes. Todos os organismos de radiodifusão públicos acolheram bem a aplicação deste princípio, aos serviços em linha relacionados com a radiodifusão. Por outro lado, os organismos de radiodifusão comerciais

³⁴⁴ Veja-se ainda o estudo sobre a aplicação da Diretiva 2001/29/CE, relativa ao direito de autor e direitos conexos na sociedade da informação, em especial a parte sobre *retransmissão em redes digitais de conteúdos protegidos por direitos de autor*, disponível em <http://www.europarl.europa.eu>.

consideraram que restringiria a possibilidade de licenciamento de direitos numa base territorial.

A maioria das entidades consultadas foram favoráveis à eventual extensão da gestão coletiva obrigatória à retransmissão simultânea de programas de rádio e televisão, em plataformas diferentes do cabo, porém, consideraram que tal extensão deveria limitar-se a “ambientes fechados”, que funcionariam de forma comparável ao cabo, não abrangendo os serviços de vídeo a pedido, dos organismos de radiodifusão. Por outro lado, os titulares de direitos autorais foram contra a extensão da gestão coletiva obrigatória, devido ao potencial efeito negativo para os mercados, posição esta secundada pelos organismos de radiodifusão comerciais.

Houve a preocupação de estabelecer uma divisão entre as opções estratégicas com o objetivo de apurar os direitos de autor e direitos conexos, por um lado a transmissão em linha de programas de rádio e televisão e, por outro a retransmissão digital de programas de rádio e televisão.

No que respeita às transmissões em linha de programas de rádio e televisão as propostas mais coerentes tomando em conta a aplicação do princípio do país de origem às transmissões em linha, uma das opções seria que o âmbito de aplicação seria limitado aos serviços em linha dos organismos de radiodifusão que são acessórios às transmissões iniciais, tais como difusão simultânea e visionamento diferido.

Esta opção permitiria a redução dos custos de transação dos organismos de radiodifusão que estivessem na disposição de disponibilizar as suas transmissões em linha e além-fronteiras, especialmente aos conteúdos que não dependem da exclusividade territorial. Outra opção seria a sua aplicação ser estendida às transmissões em linha que não estão ligadas a transmissões, tais como serviços de difusão web. Esta foi rejeitada.

Em relação às retransmissões digitais de programas de rádio e televisão foi escolhida a opção que se limita aos serviços de retransmissão por IPTV ³⁴⁵, ou TVIP (Televisão por IP), que é um novo método de transmissão de sinais televisivos. Assim como o VOIP (Voz sobre IP), o IPTV usa o protocolo IP *Internet Protocol*, como meio de transporte do conteúdo. O facto do IP significar *Internet Protocol* não quer dizer que os conteúdos de televisão sejam distribuídos via *streaming* na internet. A IPTV não é, portanto, uma Web TV). E outros serviços de retransmissão prestados através de redes de comunicações eletrónicas “fechadas”.

“Os operadores de serviços de retransmissão, que agrupam programas de rádio e televisão em pacotes e os oferecem aos utilizadores em simultâneo com a transmissão da emissão inicial, inalterada e integral, utilizam várias técnicas de retransmissão como o cabo, o satélite a televisão digital terrestre, a televisão em circuito fechado com base no protocolo IP ou redes móveis, bem como a Internet aberta.”

Existem já outras diretivas que vieram harmonizar os direitos sobre obras e outro material protegido como a diretiva 2001/29/CE ³⁴⁶, tão mencionada e escrutinada ao longo deste trabalho e ainda a Diretiva 2006/115/CE ³⁴⁷.

É de notar que A Diretiva 93/83/CEE ³⁴⁸ facilita a difusão por satélite e a retransmissão por cabo transnacionais de programas de rádio e televisão de outros Estados Membros da União. Contudo, em matéria de transmissões de organismos de radiodifusão aplicam-se apenas às transmissões por satélite e não aos serviços acessórios em linha, além de que as disposições

³⁴⁵ *Internet Protocol Television*.

³⁴⁶ Diretiva 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.

³⁴⁷ Diretiva 2006/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, *relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos ao direito de autor em matéria de propriedade intelectual*.

³⁴⁸ Diretiva 93/83/CEE, do Conselho, de 27 de setembro de 1993, *relativa à coordenação de determinadas disposições em matéria de direito de autor e direitos conexos aplicáveis à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo*.

em matéria de retransmissão de programas de rádio e televisão de outros Estados Membros se aplicam apenas à retransmissão simultânea, inalterada e integral por cabo ou sistemas micro-ondas, deixando de fora a retransmissão por meio de outras tecnologias.

Esta proposta visa assim adequar a prestação transnacional de serviços em linha, acessórios à radiodifusão e à retransmissão de programas de rádio e televisão de outros Estados Membros, que deverá adaptada do quadro normativo sobre o exercício do direito de autor e direitos conexos que se aplicam a essas atividades.

Na definição constante na alínea a) do art. 1º, podemos estabelecer que os serviços acessórios em linha que caem no âmbito desta proposta são os serviços prestados por organismos de radiodifusão que tenham uma relação de subordinação clara com a transmissão, também incluídos os serviços de visionamento diferido, excluindo outros serviços como os que dão a possibilidade de aceder a obras ou outro material protegido, independentemente da radiodifusão, como os que dão acesso a determinadas obras musicais ou audiovisuais, álbuns de música ou vídeos.

Na determinação do montante pagar aos titulares de direitos terá que ter em conta as características, o público, em que será incluído o público do Estado Membro do estabelecimento principal do organismo de radiodifusão e de outros Estados Membros em que os serviços são acedidos e utilizados e ainda a versão linguística.

Esta proposta equipara aos operadores de serviços de retransmissão por cabo, os operadores de serviços de retransmissão por satélite, televisão digital terrestre, circuito fechado com base no protocolo IP, redes móveis e similares quando efetuam uma retransmissão simultânea, inalterada e integral, para ser captada pelo público, se for de uma transmissão inicial de outro Estado Membro, quando sejam programas de rádio ou televisão, sendo que essa primeira transmissão seja por fio ou sem fio, incluindo o satélite, mas excluindo as transmissões em linha.

A retransmissão de serviços oferecidos pela Internet aberta não deverá ser incluída na sua aplicação. Estabelece ainda a gestão coletiva obrigatória para o exercício do direito de comunicação ao público no referente aos serviços de retransmissão.

As disposições legais semelhantes aplicáveis à retransmissão por cabo (Diretiva Satélite Cabo) serão aplicadas aos operadores de serviços de retransmissão por satélite, televisão digital terrestre, circuito fechado com base no protocolo IP, redes móveis ou similares.

O exercício dos direitos de transmissão pode ser exercido por titulares de direitos que não sejam organismos de radiodifusão, estabelecendo o nº 1 do artigo 3º que os “seus direitos para conceder ou recusar autorização para a retransmissão através de entidades de gestão coletiva”

Importa referir que a estratégia para o mercado único digital, que como já vimos anteriormente nos dois regulamentos citados, vieram introduzir alterações significativas para a “disponibilização generalizada dos conteúdos criativos em toda a União Europeia”. Acrescia que aliada a esta disponibilização generalizada, havia que ter em conta ainda em conta que os direitos de autor constituem uma parte integrante do conjunto de regras que rege a circulação dos conteúdos criativos em toda a UE.

A Comissão considerava a necessidade de priorizar a implementação de um nível mais elevado de harmonização nas atuais regras da União Europeia em matéria de direitos de autor, nomeadamente, sobre os aspetos relacionados com a territorialidade dos direitos de autor e, não menos prioritário, a adaptação das regras no atinente ao direito de autor no enquadramento das novas realidades tecnológicas.

Constatava-se ainda que todas estas preocupações eram reforçadas pelo facto de que o financiamento das novas produções europeias no setor audiovisual, estarem em grande parte baseado no licenciamento territorial em combinação com a exclusividade territorial concedida a determinadas distribuições.

10.2. A responsabilidade dos prestadores de serviços em rede

O DL n.º 7/2004, de 07.01, alterado pelo DI n.º 62/2009, de 10.03 e pela Lei n.º 46/2012, de 29/08, que regulamenta o comércio eletrónico no mercado interno e tratamento de dados pessoais, tendo transposto para o ordenamento nacional a Diretiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno, dá uma definição de “prestador de serviços em rede” como sendo entendido como um serviço prestado a distância por via eletrónica, no âmbito de uma atividade económica, na sequência de pedido individual do destinatário - o que exclui a radiodifusão sonora ou televisiva.

A Diretiva 2000/31/CE veio estabelecer um conjunto de disposições que regulam o funcionamento reconhecimento e responsabilidade das empresas prestadoras de serviços na Internet e das empresas provedoras de Serviços de Internet, que têm o objetivo de harmonizar a atuação dos Estados Membros no que concerne a estas matérias.

No citado DL n.º 7/2004, atente-se no seu art. 12º, que sob a epígrafe “Ausência de um dever geral de vigilância dos prestadores intermediários de serviços”, estipula que “Os prestadores intermediários de serviços em rede não estão sujeitos a uma obrigação geral de vigilância sobre as informações que transmitem ou armazenam ou de investigação de eventuais ilícitos praticados no seu âmbito”. Como ponto de partida este diploma consagra “a subordinação dos prestadores de serviços à ordenação do estado membro em que se encontram estabelecidos” ³⁴⁹.

Esta desresponsabilização tem suscitado algumas críticas como diz Hugo Silva, “a não existência de um dever de controlo é um passo gigantesco na sua desresponsabilização pelos conteúdos disponibilizados por terceiros” ³⁵⁰. Porém, note-se que a Diretiva 2000/31/CE

³⁴⁹ Cfr. preâmbulo do DL n.º 7/2004, de 07.01.

³⁵⁰ SILVA, Hugo Lança, *Os Internet Providers e o Direito: São criminosos, são cúmplices, são parceiros da justiça, polícias ou juízes?*, (www.verbojuridico.com), 2005, p. 15, apud CADIMA, Claudia ob.cit.p. 36.

estabelece uma exceção a este princípio quando se trata de um prestador de serviços que tenta iludir este princípio ³⁵¹.

A responsabilidade dos prestadores de serviços em rede está vertida entre os artigos 12º e 15º desta Diretiva 2000/31/CE, distinguindo-se entre o simples transporte (art.12ª), a armazenagem temporária (*caching*) (art.13º) a armazenagem em servidor (art.14) e ausência de obrigação geral de vigilância (art.15º). A ideia geral que perpassa é de que os prestadores de serviços em rede não são responsabilizados se não estiverem diretamente implicados no seu conteúdo. Aqui se podem enquadrar os ISP (*Internet Service Providers*)³⁵².

10.3. A responsabilidade dos utilizadores

O utilizador da Internet é aquela pessoa que navegando pela Internet pode realizar *downloads* de ficheiros, o que pelo exposto no capítulo sobre o direito de reprodução, pode considerar-se um ato de reprodução. À partida teria de haver autorização dos titulares de direitos para realizar essa reprodução, contudo, pelo disposto no art. 75º do CDADC, a utilização da obra pode ser lícita sem ser necessária a autorização do titular, desde que configure uma utilização privada ³⁵³.

Porém, esta utilização da obra para uso privado tem algumas limitações, ou seja, terá que respeitar a regra dos três passos, ínsita no nº 4 do art.75º do CDADC. Estas regras terão de ser apreciadas cumulativamente, sendo que terão que limitar-se a certos casos, não podendo prejudicar a exploração normal da obra e ainda não causarem um prejuízo justificável aos

³⁵¹ Considerando 57 da Diretiva 2000/31/CE, “O Tribunal de Justiça tem sustentado de modo constante que um Estado-Membro mantém o direito de tomar medidas contra um prestador de serviços estabelecido noutro Estado-Membro, mas que dirige toda ou a maior parte das suas atividades para o território do primeiro Estado-Membro, se a escolha do estabelecimento foi feita no intuito de iludir a legislação que se aplicaria ao prestador caso este se tivesse estabelecido no território desse primeiro Estado-Membro”.

³⁵² É uma organização que oferece serviços de acesso, participação ou utilização da Internet. Provedores podem ser organizados de várias maneiras, tanto comercialmente, sem fins lucrativos ou em comunidades-wikipédia.

³⁵³ Cfr. alínea b) do nº 2 do art. 75º do CDADC.

titulares de direitos. Contudo, a lei ainda prevê que apesar do uso da obra poder ser livre, os titulares de direitos tenham direito a receber uma taxa de cópia privada ³⁵⁴.

10.4. Jurisprudência sobre a tutela internacional dos direitos de Autor

Vejam-se dois acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre esta matéria.

10.4.1. O caso *Stitching Brein*- C-610/15, de 14/06/2017

O litígio que originou o envio do pedido de decisão prejudicial opôs a *Stitching Brein*, uma fundação holandesa, defensora de direitos de autor e direitos conexos, à *Ziggo BV* e à *XS4ALL Internet BV*, fornecedores de acesso à Internet, que em grande parte usam um diretório *Bit Torrent*, um protocolo pelo qual os utilizadores podem partilhar ficheiros ³⁵⁵.

Com a argumentação de que na maioria das vezes usam as denominadas “ligações magnet”, que quando identificam o conteúdo de um ficheiro *torrent* direcionam a busca para este ficheiro por meio de um rastro digital, ou seja, utilizavam muitas vezes conteúdos protegidos por direitos de autor e direitos conexos, a *Stitching Brein* pediu para que fossem bloqueados os nomes de domínio e os endereços IP da plataforma de partilha em linha “*The Pirate Bay*” ³⁵⁶.

Apesar de se ter provado que os assinantes das plataformas tinham acesso a obras protegidas sem a autorização dos respetivos titulares, o Supremo Tribunal dos Países Baixos considerou que não havia jurisprudência do TJUE que pudesse responder à questão de saber se a

³⁵⁴ Veja-se o ponto 4.

³⁵⁵ Para mais desenvolvimentos sobre esta matéria veja-se Adriana Gabriel dos Santos Cadima, *Violação Digital dos Direitos Autorais: A Internet e a Partilha de Conteúdos Protegidos nas Redes através do Protocolo Bittorrent*, disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34754/1/Violacao%20Digital%20dos%20Direitos%20Autorais%20A%20Internet%20e%20a%20Partilha%20de%20Conteudos%20Protegidos%20nas%20Redes%20P2P%20Atraves%20do%20Protocolo%20Bittorrent.pdf>- último acesso a 15/02/2018.

³⁵⁶ The Pirate Bay foi criado pela organização *anticopyright* sueca Piratbyrån em 2004, mas desde outubro de 2004 tornou-se uma organização independente. Para mais informação ver https://pt.wikipedia.org/wiki/The_Pirate_Bay.

plataforma de partilha em linha *The Pirate Bay*, realizava uma comunicação ao público das obras, na aceção do art. 3º, nº 1, da Diretiva 2001/29/CE.

Foram então submetidas ao TJUE as seguintes decisões judiciais, a primeira era se existia uma comunicação ao público, na aceção do artigo 3º, nº 1, da Diretiva 2001/29/CE, quando realizada pelo administrador de um sítio Internet, quando esse sítio *Web* não continha obras protegidas, mas um sistema onde era indexada e categorizada metainformação sobre obras protegidas, que se encontram nos computadores dos utilizadores, com o auxílio da qual estes podem localizar e carregar (*upload*) ou descarregar (*download*) as obras protegidas.

O TJUE considerou que não obstante serem os próprios utilizadores que colocavam as obras nessa plataforma o que permitia aos outros utilizadores a localização dessas obras e partilhá-las no âmbito de uma rede *peer-to-peer*, não afastava o facto de que serem os administradores da plataforma de partilha em linha “*The Pirate Bay*”, que procediam à colocação das obras à disposição, não se tratando de uma «mera disponibilização» das obras protegidas.

A questão que se colocava era se perante esta tomada de posição, a “mera disponibilização” das obras não seria contabilizada como um ato de “comunicação ao público”, na aceção do art. 3º, nº 1 da diretiva 2001/29/CE.

O TJUE considerou que no caso em apreciação faltava determinar se as obras protegidas tinham sido realmente comunicadas. Neste sentido, o conceito de “público” era de fulcral importância e tem sido objeto da jurisprudência dominante deste tribunal considerar que “não só é relevante saber quantas pessoas têm acesso à mesma obra paralelamente mas também quantas têm sucessivamente acesso à mesma”³⁵⁷. No caso em apreciação, dada a dimensão dos utilizadores da plataforma, tratava-se de uma comunicação ao público na aceção do art. 3º, nº 1 da Diretiva 2001/29/CE.

³⁵⁷ Acórdão *Stichting Brein* C-527/15 (TJUE).

O tribunal demonstrou que se tratava de um “público novo” e, ainda, que a vertente económica era também relevante para a consideração de comunicação ao público, como se tinha demonstrado pelas receitas publicitárias que a plataforma “*The Pirate Bay*”, obtinha do seu funcionamento.

O tribunal declarou então que o conceito de comunicação ao público, na aceção do artigo 3º, nº 1 da Diretiva 2001/29CE, devia ser interpretado no sentido de que abrangia, em circunstâncias, como as que estavam em causa no processo principal, a colocação à disposição e a gestão, na Internet, de uma plataforma de partilha que, através da indexação de metainformação relativa a obras protegidas e da disponibilização de um motor de busca, permitia aos utilizadores dessa plataforma localizar essas obras e partilhá-las no âmbito de uma rede descentralizada (*peer-to-peer*).

No que se relacionava com as medidas inibitórias que estavam em causa, era a interpretação do nº 1 do art. 3º³⁵⁸ e do nº 3 do art. 8º,³⁵⁹ da Diretiva 2001/29/CE e ainda do art. 11º da Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril.

O art. 11º da Diretiva 2004/48/CE contempla as “Medidas inibitórias” “Os Estados – membros devem garantir quem, nos casos em que tenha sido tomada uma decisão judicial que constate uma violação de um direito de propriedade intelectual, as autoridades judiciais competentes possam impor ao infrator uma medida inibitória da continuação dessa violação. Quando esteja previsto na legislação nacional, o incumprimento de uma medida inibitória

³⁵⁸ O art. 3º da Diretiva 2001/29/CE com a epígrafe “Direito de comunicação de obras ao público, incluindo o direito de colocar à sua disposição outro material) tem vertido no seu nº 1 *Os Estados – Membros devem prever a favor dos autores o direito exclusivo de autorizar ou proibir qualquer comunicação ao público das suas obras, por fio ou sem fio incluindo a sua colocação à disposição do público por forma a torná-las acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido.*

³⁵⁹ O art. 8º “Sanções e vias de recurso” no seu nº 3 estipula que “ *Os Estados – Membros deverão garantir que os titulares dos direitos possam solicitar **uma injunção contra intermediários** cujos serviços sejam utilizados por terceiros para violar um direito de autor ou direitos conexos*” (negrito nosso).

deve, se for caso disso, ficar sujeito à aplicação de uma sanção pecuniária compulsória, destinada a assegurar a respetiva execução.

De igual modo os Estados – membros devem garantir igualmente que os titulares de direitos possam requerer uma medida inibitória contra intermediários, cujos serviços sejam utilizados por terceiros para violar direitos de propriedade intelectual, sem prejuízo do nº 3 do art. 8º da Diretiva 2001/29/CE.

10.4.2. O Caso Tobias Mcfadden/Sony, C-484/14 (TJUE), de 15/09/2016

O litígio opôs *Tobias Mac Fadden* à *Sony Music Entertainment Germany GmbH*, pelo facto de aquele ter posto à disposição para *download* uma obra musical protegida pelo direito de autor, através de uma rede Wi-Fi pública, tendo a *Sony Music* interposto uma ação de responsabilidade civil e ainda uma injunção.

Mac Fadden foi condenado ao pagamento de uma indemnização por perdas e danos pela sua responsabilidade direta na violação dos direitos autorais e ainda considerado responsável indiretamente por não ter protegido o acesso com uma senha. Aquele invocou o estipulado no art.12º, nº 1 da Diretiva 2000/31/CE, que excluía a sua responsabilidade.

As questões colocadas ao TJUE foram saber se o serviço oferecido por *McFadden* configurava um serviço da sociedade da informação, se a sua responsabilidade era limitada pelo facto de serem terceiros a cometer as violações e ainda se através de uma injunção *Mac Fadden* seria obrigado a proteger o acesso à rede através de uma senha.

Sem prejuízo de remeter para a análise do acórdão em causa, pela riqueza jurídica dos seus comentários, passemos às conclusões que nos interessa reter: Os artigos 2º, alínea a) e b), e 12º da Diretiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno, deviam ser interpretados no sentido de que se

aplicariam a uma pessoa que explorasse de modo acessório relativamente à sua atividade principal, uma rede local sem fio com acesso à Internet, aberta ao público e gratuita.

O art. 12º, nº 1, da Diretiva 2000/31 opõe-se à condenação de um prestador de serviços de simples transporte, por qualquer pedido que implique a declaração da sua responsabilidade civil. Contudo, o art. 12º, nº 1 e 3, da Diretiva 2000/31, não se opõe à adoção de uma injunção judicial, que possa ser acompanhada por uma sanção pecuniária compulsória, porém, essas medidas terão de estar conformes ao artigo 3º da Diretiva 2004/48/CE, devendo ser eficazes proporcionais e dissuasivas, não implicando contudo, uma obrigação geral de vigilância, de acordo com os artigos 12º, nº 3, e 15º, nº 1, da diretiva 2000/31.

11. A tutela do direito de autor no *streaming*

No respeitante a esta matéria “apesar da harmonização do regime dos direitos de autor e conexos, a proteção destes direitos continua a ser conferida, na Comunidade Europeia, pelo sistema jurídico de cada Estado – membro. Não há, por enquanto, direitos autorais diretamente fundados no Direito Comunitário (ao invés do que sucede no domínio dos direitos industriais)” ³⁶⁰.

Nesta matéria teremos que proceder à divisão entre os vários possíveis responsáveis pelas violações do direito de autor, tais como os prestadores de serviços em rede e os utilizadores, como já se falou supra, mas como nos diz Daniel Freire e Almeida “(...) conhecermos a realidade que faz hoje da Internet o maior e mais complexo canal de comunicação do planeta, fatores primordiais para compreendermos a formação de uma nova sociedade digital, seus desafios, e suas conseqüentes necessidades de justicialização internacional” ³⁶¹.

Acresce que com a quantidade de informação veiculada pela Internet, englobando tantas obras com conteúdos protegidos por direitos de autor e direitos conexos, em que “o sistema tradicional de comunicação foi substituído por sistema integrados, onde grandes quantidades

³⁶⁰ VICENTE, Dário Moura, *A Tutela Internacional da Propriedade intelectual*, p. 135.

³⁶¹ ALMEIDA, Daniel Freire e, *ob.cit.*, p.29.

de informações são comprimidas e transferidas sob o formato digital”³⁶², a tutela do direito de autor revela-se uma tarefa complicada.

A Internet veio colocar tantas e diferentes questões judiciais como até à sua criação seria imaginável, pela sua complexidade e globalidade, “o mundo do computador não mais se contenta com fórmulas que puderam satisfazer os juristas da Idade Média ou, mesmo, os filósofos do início do século XIX”³⁶³.

Falar sobre a privacidade e esfera privada familiar, Dias Pereira, diz-nos que “Com efeito, tradicionalmente o direito de autor não justifica a violação da esfera privada familiar. Porém, a proibição geral de atos de contornamento de dispositivos que impedem o acesso a obras colocadas à disposição do público em linha por forma eletrónica põe o utilizador final destas obras em condições análogas às do utente de serviços de telecomunicações, que pode ser controlado pelo acesso e utilização que faça desses serviços”³⁶⁴.

Até ao ano de 2001 o Direito da União tentou harmonizar o Direito de Autor na UE de forma fragmentária, tendo para o efeito adotado diretivas com vista a resolver os problemas específicos de cada sector (diretivas verticais). A partir de 2001 a União Europeia visou harmonizar alguns aspetos do Direito de Autor e Direitos Conexos (diretivas horizontais), que se iniciou com a diretiva Info Soc³⁶⁵.

A própria dinâmica da Internet estaria condicionada em casos de se considerar sujeitar aos direitos de autor, o *framing* e o *hyperlink*, sendo que (...) a posição do TJUE segue no sentido de que a internet deixaria de funcionar tal como a conhecemos, caso o *framing*, ou o

³⁶² GIDDENS, Anthony, *Sociologia*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 53, *apud* ALMEIDA; Daniel Freire e *Um Tribunal Internacional para a Internet*, p. 33.

³⁶³ WALD, Arnaldo, Prefácio. In CHALHUB, Melhim Namen. *Trust*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, Prefácio, *apud* ALMEIDA; Daniel Freire e, *Um tribunal Internacional para a Internet*, p. 64.

³⁶⁴ DIAS PEREIRA, Alexandre Libório, *O Código de Direito de Autor e a Internet*- Verbo Jurídico, p. 11.

³⁶⁵ KUR, Annette, PLANCK, Max, DREIER, Thomas, *European Intellectual Property Law: Text, Cases and Material*: Edward Elgar Publishing, 2013, pp. 270 e ss. *apud* CARVALHO, José Manuel de Seixas, ob. cit., p. 20.

hyperlinking fossem restringidos tendo por base a violação de direitos de autor, após o exercício por estes meios do DCDP ³⁶⁶.

No que respeita a este direito de colocação à disposição do público interativo, há quem considere que possa existir uma doutrina de licença implícita, que implicaria o facto de se reconhecer que os detentores do DCDP tendem a exercer claramente de forma gratuita este direito ³⁶⁷.

Como vimos anteriormente no recurso especial 1559264/RJ/ de 08/02/2017, a tutela do *streaming*, poderia ser realizada através da intervenção das sociedades de gestão coletiva, que têm mais meios e condições para controlar os fluxos na Internet, com a supervisão do Estado.

12. A bondade da implementação de um tribunal internacional para a internet

Daniel Freire e Almeida na sua tese de doutoramento já referida supra elabora algumas considerações pertinentes para a instituição de um tribunal internacional para a Internet, tendo em conta “os traços marcantes da Internet, como a sua internacionalidade e sua desterritorialidade” ³⁶⁸.

Independentemente de toda a transformação e inovação trazida pela Internet, esta levanta “uma imensa gama de problemas legais, como segurança eletrónica, pornografia infantil, políticas extremistas, Direitos autorias, compatibilidade das legislações nos diferentes países, privacidade, dificuldades das partes envolvidas, conflitos de Comércio Eletrónico, entre muitos outros” ³⁶⁹.

³⁶⁶ CARVALHO, José Manuel de Seixas, ob. cit., p. 21.

³⁶⁷ FICSOR; Mihaly, , Svensson: *Honest Attempt at Establishing Due Balance Concerning the Use of Hyperlinks – Spoiled by the Erroneous “New Public” Theory*, 2014 pp. 36 - 38.

³⁶⁸ ALMEIDA, Daniel Freire e, ob. cit., p. 95.

³⁶⁹ LOUDENSLAGER, Michael. *Allowing Another policeman on the Information Superhighway: State Interests and Federalism on the Internet in the Face of the Dormant Clause*. B.Y.U.-, apud ALMEIDA, Daniel Freire, ob. cit. p. 96.

A particular realidade da Internet que nos pode pôr em contacto com praticamente todos os computadores do mundo e em todos os países provoca problemas sérios de aplicação do poder judicial, o que significa que “Dentro do referido contexto, os poderes judiciários em todo o mundo já começaram a perceber as dificuldades no exercício de sua tradicional autoridade”³⁷⁰.

A desterritorialidade que facilmente se comprova quando se utiliza a Internet provoca e põe em causa o princípio da territorialidade na aplicação das leis, que advém de um pressuposto de um poder absoluto por parte do Estado no seu território. Aliás pressuposto plenamente realizado como princípio geral do processo penal no nosso ordenamento jurídico³⁷¹. Ou seja, “em termos gerais, este conceito de competência é seguido do princípio básico de que uma entidade soberana tem a autoridade legal para exercer controlo dentro do seu território, com exclusão de outros Estados, autoridade para governar nesse território, e autoridade para aplicar a legislação”³⁷².

No entanto a Internet com a sua transversalidade e abrangência vem pulverizar toda a aplicação prática desse princípio, “contudo este contexto parece não provisionar poder ao estado para o comando de atividades na Internet, tendo em vista que muitas delas ocorrem transnacionalmente, com a participação de agentes estrangeiros, sem contactos tangíveis com o país”³⁷³, podendo dizer-se que a Internet com as suas características próprias de globalidade e transversalidade põe em crise a aplicação soberana dos Estados no seu território.

³⁷⁰ CALLIESS, Graf-Peter, HOFFMANN, Hermann, *Judicial services for Global Commerce- Made in Germany?* German Law Journal, Volume 10, nº 2, 2009, p.115. *apud* ALMEIDA, Daniel Freire ob. cit., p. 100.

³⁷¹ Cfr. art. 4º alínea a) do Código Penal “(...) A lei penal portuguesa ´é aplicável a factos praticados em território português, seja qual for a nacionalidade do agente.

³⁷² Cfr. BRENNER, Susan KOOPS, Bert-Jaap. *Approaches to Cybercrime Jurisdiction*. Journal of High Technology Law, Volume IV, nº 1, 2004, p. 06, *apud* ALMEIDA, Daniel Freire ob. cit., p. 103.

³⁷³ Cfr. TIMOFEEVA, Yulia A. *Worldwide Prescriptive Jurisdiction in Internet Content Controversies: A Comparative Analysis*. Connecticut Journal Of International Law, Vol. 20, 2005, p. 202, *apud* ALMEIDA Daniel Freire ob. cit., p. 103.

Acresce que os internautas, por força do mundo virtual, vivem não só no ciberespaço, que poderá ser em qualquer lugar do mundo, como vivem num espaço físico, mormente num território físico a que corresponde determinado país. Ou seja, “Quando as pessoas acessam a Internet, elas passam a estar, ao mesmo tempo, no espaço real (nacional) e no ciberespaço (mundo virtual-internacional), trazendo consequências sobre a qual soberania judicial estariam elas a submeter-se”³⁷⁴.

Questão importante que se coloca quando se fala na tutela do direito de autor, aqui entendido amplamente, abrangendo os direitos conexos, é qual o método para se definir a jurisdição em casos multinacionais. Ou seja, qual o critério que será usado? O país da residência do autor, do local, do demandado ou ainda a nacionalidade do proprietário do computador que efetuou o registo?

No espaço da União Europeia é o Regulamento nº 1215/2012, de 12 de dezembro³⁷⁵, que determina a competência judiciária, o reconhecimento e a execução das decisões em matéria civil e comercial. O artigo 2º deste Regulamento estipula que “Sem prejuízo do disposto no presente regulamento, as pessoas domiciliadas no território de um Estado-Membro devem ser demandadas, independentemente da sua nacionalidade, perante os tribunais desse Estado”.

O requerente pode sempre processar o arguido perante os tribunais do Estado – Membro onde tem o seu domicílio, assim, nada impede que não se possa intentar uma injunção contra um intermediário no país onde este está estabelecido. Igualmente nada impede que a medida tenha um carácter transfronteiriço, podendo ser intentada contra o operador de uma

³⁷⁴ COHEN, Julie, *Cyberspace As/And Space*. Columbia Law Review, Volume 107, nº 1, 2007, p.210 e ss., *apud* ALMEIDA, Daniel Freire e, *ob. cit.* p. 115.

³⁷⁵ Também denominado de Bruxelas I, revogou os anteriores regulamentos nº 44/2001, de 16/01 e o nº 156/2012, de 22 de fevereiro.

plataforma *peer-to-peer* no Estado - membro onde está estabelecido para que seja decretada uma injunção de proibição dos seus serviços com efeitos em outros Estados- membros ³⁷⁶.

E o ponto 2 deste mesmo artigo diz-nos que “as pessoas que não possuam a nacionalidade do Estado-Membro em que estão domiciliadas ficam sujeitas nesse Estado-Membro às regras de competência aplicáveis aos nacionais”.

Podemos ainda ver alguns critérios especiais de competência, previstas nos arts. 7º a 25º do Regulamento 1215/2012, ou seja, mesmo que o réu tenha o seu domicílio num Estado Membro da União Europeia, este pode, ainda assim, ser demandado nos tribunais de um outro Estado membro, se, no caso concreto, se verificar alguma das regras especiais de competência ³⁷⁷.

Ainda dentro do âmbito deste Regulamento e no que se relaciona com o *streaming*, um provedor de conteúdos que viole direitos autorais pode ser processado e proibido de disponibilizar os conteúdos de obras protegidas sem autorização dos seus titulares, com efeitos em todos os Estados Membros ³⁷⁸.

Está assim previsto interpor a ação no domicílio do demandado o que levanta dificuldades acrescidas pois que implica a tradução de documentação a deslocação para a audiência sem mencionar o encargo de contratar um advogado domiciliado nesse Estado membro. Acresce ainda a dificuldade muitas vezes ocorridas de conseguir-se determinar qual o local físico das partes envolvidas.

³⁷⁶ TRIAILLE, Jean - Paul, DEPREUW, Sari, Hubin, Jean-Benoît, *Study on The making Available Right and Its Relationship With The Reproduction Right in Cross-Border Digital Transmissions*, European Union, 2014, P. 26 (tradução nossa).

³⁷⁷ GONÇALVES, Marco Carvalho, *Competência judiciária na União Europeia*, Scientia iuridica- Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LXIV, nº 339-setembro/dezembro-2015-Universidade do Minho, disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/40078>, último acesso 25/05/2018 p. 427.

³⁷⁸ TRIAILLE, Jean - Paul, DEPREUW, Sari, Hubin, Jean-Benoît, *Ibidem*, ob.cit. p. 26 (tradução nossa).

Contudo, este Regulamento veio inovar ao implementar a abolição do exequátur, partindo do pressuposto de que existe confiança mútua nas decisões proferidas em qualquer Estado Membro, não há necessidade de qualquer declaração de executoriedade ³⁷⁹.

No fundo a aplicação e exercício da jurisdição na procura da solução aos problemas levantados pela internet e pelo Comércio Eletrónico passa por encontrar “como funcionar corriqueiramente o exercício do Poder Judicial de duas ou mais comunidades ao mesmo tempo, como aplicar preceitos ao sujeito que está em dois ou mais lugares simultaneamente, ou que realiza atividades transnacionais pela Internet” ³⁸⁰.

Acresce que à velocidade a que a Internet funciona não se compagina com o tempo físico necessariamente imposta a um processo judicial, daí que Dias Pereira diga que “o tempo cibernético seria incompatível com o tempo judicial” e “o arsenal tradicional dos órgãos judiciários estaria completamente ultrapassado, por obsolescência, sendo os Estados incapazes de controlar o tráfego das redes electrónicas de comunicação” ³⁸¹.

Pela facilidade com que se pode mudar de domicílio na Internet e por conveniências fiscais assiste-se a mudança de operações computadorizadas de grandes empresas para países com baixa tributação, como nos diz Freire e Almeida “Entretanto, a Internet possibilita-nos «mudar» de «domicílio», na medida em que as regras forem mais ou menos satisfatórias para os nossos negócios” ³⁸².

³⁷⁹ Veja-se o considerando (26) e o art. 39º, ambos do Regulamento referido.

³⁸⁰ SVANTESSON, Dan Jerke,. *Borders on, border around-the future of the Internet*. Bond University, 2006, p. 381, *apud* ALMEIDA, Daniel Freire e, ob. cit.,p. 125.

³⁸¹ DIAS PEREIRA, Alexandre Libório, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 324- *apud* ALMEIDA, Daniel Freire e, ob. cit., p. 139.

³⁸² ALMEIDA, Daniel Freire e, *A Tributação do Comércio Electrónico nos Estados Unidos da América e na União Europeia*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2002, p. 81, *apud* ALMEIDA, Daniel Freire ob. cit., p. 141.

Perante o exposto não se pode deixar de concordar que “O sistema no qual funciona a Internet é indiferente quanto à localização física dos computadores, e não há ligação necessária e precisa entre um endereço de Internet e uma jurisdição física” ³⁸³.

Em relação à lei aplicável e devido às características acima elencadas origina a definição do lugar da violação do direito de autor e direitos conexos, “A combinação entre obras digitalizadas e rede informática global dificulta a concretização do lugar em que se verifica um ato de utilização ou lesão de um direito de autor, criando incerteza sobre a lei aplicável” ³⁸⁴.

Esta dificuldade também releva quando se trata de localização da primeira publicação da obra, “Dificulta também a determinação do lugar da primeira publicação da obra que, como é sabido, releva para a definição do regime material aplicável” ³⁸⁵.

Como nos diz Noel Cox “as alterações que estas novas tecnologias trazem estão a ser vislumbradas em nível internacional e supranacional, e isto tem implicações importantes para a soberania nacional e independência” ³⁸⁶.

No atinente aos direitos intelectuais veja-se o Tratado da OMPI sobre Direito de Autor de 1996, o Tratado da OMPI sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas de 1996, e ainda a aprovação pelo Conselho da Europa da Convenção do Cibercrime em 2001, que entre outras abrange as violações de Direito autoral ³⁸⁷, e tem como objetivo a harmonização do Direito Internacional Penal na Internet, isto é, as normas substantivas que indicam o órgão judicante

³⁸³ WOLFRUM; Rüdiger, RÖBEN; Volker, *Legitimacy in International Law*. Berlin: Springer, 2008, p.01 e ss., *apud* ALMEIDA, Daniel Freire e, ob. cit., p. 152.

³⁸⁴ ASENSIO, Pedro Miguel, *Derecho Privado de Internet*, 4ª Menor (ed., Cizur Navarra), 2011, pp. 616-617 *apud* PINHEIRO, Luís de Lima, *Algumas considerações sobre a lei aplicável ao Direito de Autor na Internet*, p. 15.

³⁸⁵ ASENSIO, Pedro Miguel, ob.cit. pp. 616-617, *apud* , PINHEIRO, Luís de Lima, ob. cit., p. 15.

³⁸⁶ Cfr. COX, Noel, *The Extraterritorial Enforcement of Consumer Legislation and the Challenge of the Internet*, *Edinburgh Law Review*, Volume 8, nº 1, 2004, p.03, *apud* ALMEIDA, Daniel Freire, ob. cit., p. 164.

³⁸⁷ Convenção do Cibercrime, assinada em Budapeste a 23.11.2001.

nacional a forma de apreciar uma determinada situação realizada pela Internet, mas contém igualmente algumas normas relativamente ao tratamento processual e co operacional ”³⁸⁸.

O Ilustre professor Gomes Canotilho fala sobre a necessidade de os Estados “abdicarem” do seu direito interno em detrimento de um direito internacional ao dizer-nos que “nenhum Estado deve permanecer *out*, isto é, fora da comunidade internacional. Por isso, ele deve submeter-se às normas de Direito Internacional quer nas relações internacionais quer no próprio actuar interno. A doutrina mais recente acentua mesmo a amizade e a abertura ao direito internacional como uma das dimensões caracterizadoras do estado de direito”³⁸⁹.

Contudo, este alargamento de jurisdição que se faria sobretudo através da instituição de tratados internacionais, com a sua dinâmica de adesões para poderem ter efeitos práticos, corre-se o risco de “(...) caso um país (ou alguns países) decida por bem não ser signatário de um tratado, este naturalmente se tornaria um “paraíso” na Internet”³⁹⁰.

No caso da União Europeia não se pode dizer que não haja já tentativas de regulamentação do ciberespaço, “o ciberespaço está longe de ser um espaço livre de soberania jurídica (...) a intervenção do direito comunitário parece quase inevitável uma vez que os serviços da sociedade da informação podem naturalmente transcender as fronteiras de cada Estado-Membro afetando, desse modo, o correto funcionamento do mercado interno”³⁹¹

Podemos dizer que a dificuldade reside no facto de “a maioria dos litígios relativos aos direitos de propriedade intelectual é apreciada pelos tribunais do país cujo território é pretendida a proteção, razão por que são frequentemente decididos por aplicação *lex fori*. Daí

³⁸⁸ ALMEIDA, Daniel Freire e, *ob.cit.*, p. 190.

³⁸⁹ GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª Edição, 6ª Reimpressão, 2009, p. 232, *apud* ALMEIDA, Daniel Freire e, *Ibidem, ob.cit.*, p. 191.

³⁹⁰ ALMEIDA, Daniel Freire e, *ob.cit.*, p. 194.

³⁹¹ DIAS PEREIRA; Alexandre Libório, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 335.

que em situações internacionais nem sempre se tome consciência de que a aplicação do Direito material do foro tem de resultar da atuação de uma norma de conflitos”³⁹².

Contudo existem autores que consideram não haver lugar ao funcionamento de normas de conflito por se tratar de direitos de monopólio que só vigoram na ordem jurídica que os concede, seja por o Direito da Propriedade Intelectual ser de aplicação territorial³⁹³.

Porém, outros autores consideram que nada impede o funcionamento do Direito dos Conflitos³⁹⁴, sem, contudo, se deixar de notar que “o que os direitos de propriedade intelectual têm de específico é que, na falta de norma internacional ou europeia em contrário, só produzem diretamente efeitos no território do Estado cuja lei os atribui (o Estado de proteção)³⁹⁵.

³⁹² PINHEIRO, Luís de Lima, ob. cit. p. 17.

³⁹³ ASCENSÃO, Oliveira, *Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra 1992, pp. 32 e ss.

³⁹⁴ Wirtschaftsrecht, org. por Wolfgang Holl e Ulrich Klinke, p. 257, *apud* PINHEIRO, Luís de Lima, *Algumas considerações sobre a Lei aplicável ao Direito de Autor na Internet*, p. 17

³⁹⁵ ULMER, Eugen, *Fremdenrecht und internationales Privatrecht im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht in Internationales Privatrecht. Internationales Wirtschaftsrecht*, org. por Wolfgang Holl e Ulrich Klinke, pp. 257-258, Colónia 1985, pp. 263 e ss., *apud* Pinheiro, Luís de Lima, ob.cit., p.19.

Conclusões:

Chegados a este ponto importa tecer algumas considerações finais sobre esta pesquisa.

A radiodifusão veio trazer enormes desenvolvimentos na transmissão de obras protegidas, originando uma tentativa de adaptação do direito de autor e direitos conexos a esta nova realidade. O seu enquadramento legal suscitou desde logo uma acesa discussão, pois não havia consenso quanto ao seu enquadramento jurídico.

A radiodifusão configura assim uma modalidade de comunicação ao público da obra radiodifundida, tendo em vista o seu receção pelo público em geral., sendo que existe um conceito único de radiodifusão cuja elaboração remonta ao século passado, mas que se mantém atual e continua operativo para todas as situações, tanto para o direito de autor como para os direitos conexos.

A radiodifusão por satélite é uma das modalidades de radiodifusão, em que se procede à comunicação ao público por satélite, tendo sido adotado o princípio da liberdade de receção dos programas de televisão. O TJUE tem considerado que tanto a transmissão indireta como a transmissão direta dos programas radiodifundidos constituem uma comunicação ao público por satélite indivisível, tendo que ser necessariamente obtida a autorização dos titulares de direitos em causa, para a comunicação ao público por satélite.

A distribuição por cabo é uma modalidade de radiodifusão com as necessárias consequências jurídicas de equiparação de regime daí decorrente, e a retransmissão por cabo, portanto qualifica-se como um ato de comunicação “secundária” para o público e, portanto é regulada como um direito separado, sujeito à gestão coletiva obrigatória.

O direito exclusivo de reprodução é um direito patrimonial constituindo parte integrante da essência do direito de autor e dos direitos conexos, estando configurado como um direito exclusivo de exploração económica.

Entre os requisitos essenciais da noção técnica de reprodução temos a incorporação da obra num suporte digital ou fixação a suscetibilidade de obtenção de novos exemplares a partir daquela incorporação e ainda a perceptibilidade das ideias ínsitas na obra a partir de cada um desses exemplares.

Este conceito de reprodução poderá estar protegido no ambiente digital desde que se promova uma articulação coerente entre os meios judiciais e os sistemas técnicos de proteção que ofereçam garantias efetivas, tendo sempre em conta o desejado equilíbrio de interesses de titulares de direitos e dos utilizadores das obras. Com o advento da Internet, da possibilidade infinita de fazer reproduções de obras com a facilidade de pressionar de dedos, a reprodução passou a ser a regra e não a exceção.

Dentro deste âmbito há que distinguir entre as reproduções temporárias e transitórias, sendo que os atos transitórios e esporádicos que constituam parte integrante e essencial de um processo tecnológico cujo único objetivo seja permitir uma transmissão numa rede entre terceiros por parte de um intermediário ou uma utilização legítima de uma obra ou de outro material a realizar, e que não tenham em si, significado económico, não necessitam da autorização dos titulares de direitos, ao contrário das reproduções temporárias.

No caso de um Estado Membro que decida excluir o direito dos titulares de direitos autorizarem a reprodução das suas obras, tal autorização não tem qualquer efeito jurídico, não tendo assim qualquer incidência na compensação equitativa, não importando se a compensação equitativa foi prevista a título obrigatório ou facultativo.

O conceito de reprodução parcial pode estar no simples armazenamento de um excerto de uma obra protegida, de onze palavras, desde que expresse a criação intelectual do autor. O conceito de reprodução realizada através de qualquer tipo de técnica fotográfica ou de qualquer outro processo com efeitos semelhantes, inclui as reproduções efetuadas através de uma impressora ou de um computador pessoal, nos casos em que esses aparelhos estão ligados entre si.

No que respeita à cópia privada e à sua utilização livre em certos casos, respeitando a regra dos três passos e a quantificação do prejuízo inerente à exceção ao direito exclusivo de reprodução para uso privado, tem sido considerado pela jurisprudência de difícil quantificação, por um lado pela multiplicidade de obras copiadas em ambiente digital. Pelo outro lado a determinação exata do nexo de causalidade entre o facto e o dano, teria que se entrar na esfera privada dos utilizadores.

Ou seja, a figura da compensação equitativa, foi pensada como uma forma de compensar os titulares de direitos pelos prejuízos causados pela utilização das suas obras. O TJUE tem manifestado o entendimento de que mesmo na hipótese de um Estado Membro não prever a aplicação da exceção relativa às cópias privadas, não afasta a compensação equitativa devida aos titulares de direitos

No que se refere à adoção de medidas de carácter tecnológico pelos titulares de direitos com o objetivo de impedir ou restringir reproduções, não autorizadas pelos Estados Membros, Tem sido entendido pelo TJUE, que consiste num direito legítimo daqueles, de forma a garantir a exceção relativa às cópias para uso privado, devendo os Estados Membros adotar medidas para a implementação de medidas eficazes contra qualquer modo de neutralização destas medidas.

A jurisprudência do TJUE tem decidido no sentido de que o regime da exceção de cópia privada devia adotar um sistema para compensar o prejuízo causado aos titulares de direitos, sendo que a realização de uma cópia por uma pessoa singular, agindo a título privado, devia ser considerada um ato de natureza a provocar um prejuízo para o autor da obra em causa.

No que respeita à remuneração equitativa nalguns casos configura uma espécie de “licença não voluntária”, pois não confere nenhum direito nem a artistas nem a produtores de fonogramas autorizar ou proibir a utilização secundária do fonograma, antes pelo contrário garantindo uma remuneração única e equitativa pela utilização do fonograma O direito de remuneração só tem aplicação em algumas situações, sendo relativamente restrito, uma vez

que abrange apenas fonogramas publicados com fins comerciais ou uma sua reprodução, por conseguinte não se aplica a fonogramas não publicados ou publicados sem fins comerciais, utilizados diretamente pela radiodifusão ou para qualquer comunicação ao público.

Não obstante a “comunicação ao público” de obras protegidas em estabelecimentos hospitalares, ser uma exceção ao direito exclusivo da comunicação ao público, não significa que os titulares de direitos não recebam uma compensação justa.

Neste particular das remunerações auferidas pelos titulares de direitos somos levados a concordar com a possibilidade de existência de disposições estatutárias de molde a proteger os autores e artistas como partes mais fracas de um contrato, implementando o uso da negociação coletiva e reforçar o papel dos sindicatos e associações do setor.

No que se refere ao direito exclusivo de comunicação ao público, podemos desagegar dois conceitos fundamentais para uma melhor caracterização, o conceito de público, que foi evoluindo ao longo dos tempos, desde a Convenção de Berna, sendo atualmente definido como de uma emissão dirigida a um número indeterminado e indiscriminado de pessoas, sem quaisquer exigências quantitativas ou demarcações territoriais.

Subordinado ao princípio de um elevado nível de proteção o direito exclusivo de comunicação ao público, deve ser entendido num sentido lato abrangendo todas as comunicações ao público não presente no local de onde provêm as comunicações. Neste contexto há que distinguir entre a mera receção que não implica a obtenção da autorização dos titulares de direitos e a reutilização da obra, que como vimos tem tido interpretações jurisprudenciais díspares.

O direito de “comunicação ao público” deverá ser entendido no sentido lato, abrangendo todas as comunicações ao público não presente no local de onde provêm as comunicações e ainda qualquer transmissão ou retransmissão de uma obra ao público, por fio ou sem fio, incluindo a radiodifusão, não abrangendo quaisquer outros atos.

A jurisprudência do TJUE tem considerado que existe comunicação ao público”, se a obra for colocada à disposição do público, independentemente de este ter afetivamente usufruído das mesmas. O TJUE decidiu ainda no sentido de que o conceito de «comunicação ao público», na aceção devia ser interpretado no sentido de que abrangia a transmissão de obras radiodifundidas através de um ecrã de televisão e de altifalantes aos clientes que se encontravam presentes num *pub*. No entanto como verificamos ao longo desta pesquisa, o conceito de “comunicação ao público” tem tido entendimentos díspares.

Quanto ao conceito de “público” tem sido entendimento do TJUE, de que os clientes de um estabelecimento hoteleiro, constituem um número de pessoas bastante importante e que se trata de uma prestação de serviço suplementar, que interfere com a classificação atribuída ao estabelecimento, o que em bom rigor contribui para influenciar o preço dos quartos, revestindo assim carácter lucrativo.

A Comissão Europeia tem manifestado bastante preocupação com o mercado único digital, tendo elaborado várias propostas para a concretização de uma maior transparência e equilíbrio das relações contratuais entre os autores e artistas intérpretes ou executantes e os destinatários, a quem estes cedem os seus direitos.

No que se refere à remuneração dos artistas intérpretes ou executantes, para que esta seja mais justa e adequada, é proposta a introdução de um mecanismo de ajustamento das remunerações e um mecanismo de resolução de litígios. Inclui ainda o estabelecimento de novas exceções visando a facilitação de conteúdos protegidos por direitos de autor e ainda a melhoria das práticas de licenciamento dos direitos que contribuiria para uma mais justa remuneração aos artistas

No entanto esta proposta tem suscitado algumas questões pertinentes junto de associações ou cooperativas de defesa dos direitos, que instadas a pronunciarem-se sobre esta proposta, nomeadamente do sindicato que conjuntamente elaboraram um documento, onde chamaram a atenção para a insuficiência de remuneração dos artistas, quando as suas prestações

artísticas são transmitidas pela Internet, e mais acentuadamente quando estas são transmitidas através de *streaming*.

No seguimento desta auscultação houve uma proposta de adicionar um artigo 13 *bis* “caso o artista tenha transferido ou cedido o direito exclusivo de colocar à disposição, e independentemente dos termos em que foi efetuada essa transferência ou cedência, o artista terá direito a receber uma remuneração equitativa paga pelo utilizador pela colocação à disposição da sua fixação. O direito de o artista obter uma remuneração equitativa deve ser inalienável e cobrado e gerido por uma entidade de gestão coletiva”, com o qual concordamos.

Constatou-se que apesar de uma preocupação na harmonização das regras aplicáveis aos direitos de autor, esta tão desejada harmonização ainda não é uma realidade, tanto mais que se constata que têm surgido novas formas de distribuição de conteúdos em linha que possibilitam o acesso a gigantescos conteúdos protegidos por direitos de autor e que são partilhados pelos utilizadores finais, a necessidade de considerar que os benefícios económicos criados devem ser partilhados equitativamente, entre os distribuidores e os titulares de direitos.

No que se refere à portabilidade transfronteiriça a elaboração de uma proposta em que se prevê a possibilidade de acesso por parte dos consumidores a conteúdos protegidos, quando estes viajam para o estrangeiro têm levantado objeções sobre a sua eficácia na tutela dos direitos de autor e direitos conexos, com visível prejuízo para estes, na nossa modesta opinião, irá beneficiar os grandes grupos económicos em detrimento dos artistas, intérpretes e executantes.

A disponibilização da portabilidade transfronteiriça parte assim do pressuposto de que os conteúdos neles disponíveis, devam ser considerados como tendo sido efetuados no Estado - membro de residência do assinante, sem terem que ter sido adquiridos os direitos relevantes nesses Estados – membros.

A Internet e a transformação radical que impôs à sociedade veio confrontar o Direito de Autor e Direitos conexos com desafios até então inimagináveis. Os vários sistemas de partilha de ficheiros, onde é realçado o protocolo *Bitorrent* veio abanar a estrutura fundamental do direito de autor. Os dados apontam para que tenha havido um decréscimo do rendimento dos titulares de direitos por via da colocação à disposição do público das suas obras e mais concretamente pelo recurso ao *streaming*.

O novo direito de colocação à disposição do público é o resultado dos avanços tecnológicos e da necessidade de o direito de autor se adaptar às novas utilizações das obras protegidas. O seu enquadramento jurídico tem sido objeto de opiniões diversas. No nosso entendimento trata-se de uma modalidade de comunicação ao público. Aliás como tem sido o entendimento do TJUE que o conceito de “comunicação ao público” deve ser entendido num sentido lato, abrangendo inclusive uma retransmissão através de um fluxo Internet.

O TJUE tem entendido que o conceito de “comunicação ao público”, abrange a colocação à disposição e a gestão, na Internet, de uma plataforma de partilha que, através da indexação de metainformação relativa a obras protegidas e da disponibilização de um motor de busca, permitia aos utilizadores dessa plataforma localizar essas obras e partilhá-las no âmbito de uma rede descentralizada (*peer-to-peer*).

No que respeita ao conceito de “utilização legítima” de uma obra protegida, será no caso de uma reprodução temporária, realizada por um utilizador final, na transferência em contínuo (*streaming*), a partir de um sítio Internet de um terceiro, onde esta obra se encontrava divulgada com a autorização dos respetivos titulares.

No atinente à definição dos direitos exclusivos relacionados com a qualificação das explorações on-line importa fazer uma distinção clara entre o direito de colocação à disposição do público(interpretado como um subconjunto do direito de comunicação ao público) e o direito de reprodução (e a distribuição da reprodução).

Em termos gerais sempre que a obra é disponibilizada temporariamente ao utilizador final, sem o controlo final sobre o uso da obra, seria configurado uma comunicação ao público. Em consequência, quando o utilizador final adquire controlo sobre a obra, ocorre uma reprodução.

No que se refere à tutela do direito de autor e dos direitos conexos há que ter em conta a aplicação imediata no ordenamento comunitário de instrumentos internacionais tais como a Convenção de Roma, o Acordo TRIPS/ADPIC e o Tratado TOIEF e TODA, sempre tendo em consideração a aplicação uniforme do direito da União e o princípio da igualdade.

Para além das Diretivas que regulamentam estas matérias e amplamente debatidas na exposição desta pesquisa a que acrescem a Convenção sobre o Cibercrime e ainda o Regulamento nº 1215/2012, de 12 de dezembro.

No que se refere à possibilidade de implementação de um tribunal internacional para a Internet, pelo exposto ao longo desta pesquisa consideramos que seria uma opção excelente para a resolução dos problemas levantados pela universalidade e ubiquidade da Internet, a que acrescem os suscitados pelo comércio eletrónico.

Um tribunal internacional da Internet tendo como bases, uma jurisdição universal, fator preponderante para o seu sucesso, o englobar singulares, Estados e Organizações internacionais e a possibilidade de implementação de sedes regionais em todos os Estados membros e ainda a futura elaboração de jurisprudência e a celebração de tratados, seria na nossa opinião uma forte possibilidade de minimizar as violações de direitos de autor e direitos conexos praticados no ambiente digital.

BIBLIOGRAFIA:

AKESTER, Patrícia. *Código do Direito de Autor e Direitos Conexos- anotado-* Almedina, 2017.

AKESTER, Patrícia. *The Draft WIPO Broadcasting Treaty and its impact on Freedom of Expression* – Copyright Bulletin April- June 2006.

AKESTER, Patrícia. *O Direito de Autor e os Desafios da Tecnologia Digital*, Principia, 2004.

ALMEIDA, Daniel Freire e. *Um Tribunal Internacional Para a Internet*, Tese de doutoramento. Almedina, 2015.

ANACOM. *Responsabilidade e desresponsabilização dos prestadores de serviços em rede*, in *O comércio electrónico em Portugal - o quadro legal e o negócio*, 2004, pp 142-156.

ÁLVAREZ MONZONCILLO, J.M. in “*Cine, bits y mercados pequeños*” 2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira, VICENTE, Dario Moura. *Legislação sobre Direito de Autor e Sociedade da Informação*, 2ª edição Coimbra Editora, 2014.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da Internet e da Sociedade da Informação, estudos* Editora Forense, Rio de Janeiro 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Os Actos de Reprodução no Ambiente Digital. As Transmissões Digitais*, Direito da Sociedade da Informação, separata do vol. IV, APDI, Coimbra Editora, 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Estudos Sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Almedina, 2001.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito de Autor no Ciberespaço*, Portugal-Brasil. Ano 2000, Coimbra Editora, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Novas Tecnologias e Transformação do Direito de Autor*, in Carlos Rogel Vide, “Nuevas Tecnologias y propiedad Intelectual”, 1999, pp. 221-240.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora, Coimbra 1992.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Propriedade Intelectual e Internet*, disponível em <http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/AscensaoJoseOliveira1.pdf> último acesso a 17/05/2018.

ASENSIO, Pedro Miguel. *Derecho Privado de Internet*, 4ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2011.

AZZI, Tristan. *Recherche Sur la Loi Applicable aux Droits Voisins du Droit D’auteur en Droit International Privé*, Paris, IGDJ, 2005.

BENITEZ, Quintero el, e GONZALO, Olivares. *O Direito de Autor na Era Digital na Europa*, Sub judice, Justiça e Sociedade, nº 35, Setembro, Almedina, 2006.

BENZAL, Miguel Ángel. *Industria audiovisual y mercados digitales*, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, nº 78, septiembre-diciembre, págs 39-56.

BRENNER; Susan KOOPS, Bert-Jaap. *Approaches to Cybercrime Jurisdiction*. Journal of High Technology Law, Volume IV, nº 1, 2004.

CAÇADOR, Ana Rita Martins. *O uso da obra protegida sem o consentimento do autor - uma perspectiva centrada no confronto entre as utilizações livres e os sistemas de fair use* disponível em repositorio.ucp.pt/, último acesso em 07/05/2018.

CADIMA, Adriana Gabriel dos Santos. *Violação Digital dos Direitos Autorais – A Internet e a Partilha de Conteúdos Protegidos nas Redes P2P através do Protocolo Bittorrent* – tese de mestrado, 2015 disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34754/1/Violacao%20Digital%20dos%20Direitos%20Autoriais%20A%20Internet%20e%20a%20Partilha%20de%20Conteudos%20Protegidos%20nas%20Redes%20P2P%20Atraves%20do%20Protocolo%20Bittorrent.pdf>. acesso a 13.4.2017.

CAETANO, Miguel Afonso. CIES-IUL, GUSTAVO, Cardoso, OBERCOM. *A compensação pela partilha online de obras protegidas por direitos de autor*, disponível em www.obercom.pt/client/?newsId=428&fileName=Policy.pdf, último acesso a 15.9.2015.

CAETANO, Miguel Afonso. *Spotify e os piratas: Em busca de uma “jukebox celestial” para a diversidade cultural*- Revista Crítica de Ciências Sociais, 109, maio 2016, pag. 229 a 250.

CALLIESS, Galf-Peter, HOFFMANN, Hermann. *Judicial Services for Global Commerce- Made in Germany?* German Law Journal, Volume 10, nº 2, 2009.

CARVALHO, José Manuel de Seixas. *Direito de Colocação à Disposição Online para Acesso “On Demand” Estudos Sobre o Atual Mercado Musical Online* www.porto.ucp.pt/pt/node/8700- acesso a 9-4-2017.

GONÇALVES, Marco Carvalho, *Competência judiciária na União Europeia*, Scientia iuridica- Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LXIV, nº 339- setembro/dezembro-2015-Universidade do Minho, disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/40078>, último acesso a 25/05/2018.

CASIMIRO, Paula Sofia de Vasconcelos. *A responsabilidade civil pelo conteúdo da informação transmitida pela internet*, Almedina, 2000.

COATES, Ken, HOLROYD. Carin. *Japan and the Internet Revolution*. Houndmills: Palgrave Macmillan, 2003.

COLOMBET, Claude. *Grands Principes du Droit D'auteur et des Droits Voisins dans le Monde, Approche de Droit Compare*, 10^a ed., UNESCO, 1992.

COHEN, Julie. *Cyberspace As/And Space*. Columbia Law Review, Volume 107, nº 1, 2007.

CORDEIRO, Pedro João Fialho da Costa. *Direito de Autor e Radiodifusão, Um estudo sobre o Direito de Radiodifusão desde os primórdios até à tecnologia digital*, tese doutoramento - Almedina, Coimbra, 2004.

CORREIA, A. Ferrer / SÁ, Almeno de. *Direito de autor e comunicação pública de emissões de rádio e televisão*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito, vol. LXX., Coimbra, Junho, 1994.

COX, Noel. *The Extraterritorial Enforcement of Consumer Legislation and the Challenge of the Internet*, Edinburgh Law Review, Volume 8, nº 1, 2004.

CRAIG Joyce, PATRY, William. LEAFFER, Marshall JASZI, Peter. *Copyright Law*, 5^a ed., New York, Lexis 2000.

DIAS PEREIRA, Alexandre Libório. *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, tese de doutoramento, Almedina, 2008. DIAS PEREIRA, Alexandre Libório. *Direito de Autor, Liberdade Electrónica e Compensação Equitativa*, BDF 81, 2005.

DIAS PEREIRA, Alexandre Libório. *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, Legislação Complementar e Jurisprudência, Direito Comunitário e Internacional*, Quarteto, Coimbra, 2002.

DIAS PEREIRA, Alexandre Libório. *O Código de Direito de Autor e a Internet*, Verbo Jurídico, 2002, disponível em www.digital-forum.net; último acesso a 16/04/2018.

DIAS PEREIRA, Alexandre Libório. *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, *Stvdia Ivridica* 55, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

DIAS PEREIRA, Alexandre Libório. *A liberdade de navegação na internet: «browsers», «hyperlinks», «meta-tags»** disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28787/1/LIBERDADE%20DE%20NAVEGA%C3%87%C3%83O%20NA%20INTERNET.pdf> acesso a 19-04-2017.

DIAS PEREIRA, Alexandre Libório. *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital, Stvdia Ivridica* 55, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

DIAS PEREIRA, Alexandre Libório. *Da Retransmissão por cabo de prestações artísticas protegidas por direitos conexos ao direito de autor*, *Revista da Ordem dos Advogados* Out./Dez.2012 pág. 993, cita José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil-Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992.

DIAS PEREIRA, Alexandre Libório. *Problemas actuais da gestão do direito de autor: gestão individual e colectiva do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação* disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28790/1/GEST%C3%83O%20DOS%20DIREITOS%20DE%20AUTOR%20E%20CONEXOS.pdf> acesso a 15-5-2017.

DITTRICH, Robert. *De l'interprétation de l'article 11-bis 1) et 2) de la Convention de Berne*, DA, 1982 p. 282 e sg.

DREIER, Thomas. *Copyright Digitized: Philosophical Impacts and Practical Implications for Information Exchange in Digital Networks*, in OMPI, *Worldwide Symposium on the Impact of Digital Technology on Copyright and Neighbouring Rights* 1993, pp 187-211.

DREIER, Thomas. *Kabelweiterleitung und Urheberrecht – Eine vergleichende Darstellung*, C.H.Beck, Munique, 1991.

ELLINS, Julia. *Copyright Law, Urheberrecht und ihre Harmonisierung in der Europäischen Gemeinschaft (von den Anfängen bis in informationszeitaklter)*, Duncker & Humblot, Berlin 1997.

ERDOZAIN, José Carlos. *Derechos de Autor y Propriedad Intelectual en Internet*, Madrid, Tecnos, 2002.

FERNANDES, José Manuel Coelho Dias. *O contrato de fornecimento de acesso à internet e o princípio da neutralidade da rede: contributo para a regulação do ciberespaço* <http://www.cije.up.pt>. Último acesso a 07/05/2018.

FERNÁNDEZ- DIEZ, Ignacio Garrote. *El Derecho de Autor en Internet, La Directiva sobre Derecho de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información*, Granada, Editorial Comares, 2001.

FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, GONÇALVES, Luís Couto, e Trabuço, Cláudia (org.). *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, Almedina, 2011.

GARRETT, Almeida. *Obras de almeida Garrett*, vol. I, Porto.

GUIBAULT, Lucie, SALAMANCA, Olivia, GOMPEL, Stefan van. *Remuneration of Authors and Performers for the Use of Their Works and the Fixations of Their Performances-European Union, 2015, disponível em* http://publications.europa.eu/resource/ellar/c022cd3c-9a52-11e5-b3b7-01aa75ed71a1.0001.01/DOC_1, último acesso a 14/05/2018.

GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª Edição, 6ª Reimpressão, 2009.

GÓMEZ, José Manuel, DIETZ, Adolf. *El Derecho de Autor en Españã y Portugal*, (tradução do original alemão “Das Urheberrecht in Spanien und Portugal”, Nomos Verlagsgesellschaft, 1989) 1992, Madrid, Ministerio de Cultura, 1992.

GONÇALVES, Maria Eduarda. *O Direito de Autor na Era Digital na Europa*, Sub Judice, Justiça e Sociedade, nº 35, Setembro, Almedina, 2006.

GONÇALVES, Maria Eduarda. Informação e Direito na era Digital- Um novo paradigma jurídico? Disponível em http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/meg_ma_17707.pdf acesso a 13.04.2017.

HARDY, Trotter. *Computer Ram "Copies": a Hit or a Myth? Historical Perspectives on caching as a Microcosm of Current Copyright Concerns*, in University of Dayton Law Review, nº 22, 1997, p. 425-463.

HUGENHOLTZ, P.B., *Extending the SatCab Model to the Internet*, 2015, disponível em <https://www.ivir.nl/publicaties/download/1822>, último acesso a 21/05/2018.

HUGENHOLTZ, P.B. *SatCab Revisited: The Past, Present and Future of the Satellite and Cable Directive European Audiovisual Observatory* (2009), issue 2009-8, of the series IRIS plus, entitled *Convergence, Copyrights and Tranfontier Television*.

ISHIGURO, Kazunori, *Comment résoudre les conflits internationaux*, in Chatilkon (dir.), *Le droit international de l'internet*, 2002.

FICSOR, Mihály. *Law of Copyright and the Internet: The Wipo Traties and Their Implementation*, Oxford University Press, 2001.

FICSOR, Mihály. *Svensson: Honest Attempt at Establishing Due Balance Concerning the Use of Hyperlinks – Spoiled by the Erroneous New Public, Theory*, 2014.

KATZENBERGER, Paul. *Urheberrechtsfragen der elektronischen Textkommunikation*, in, GRUR-Int., 1983, pags. 895 a 919.

KÉRÉVER, André. *Problems involved in the adaptation of the right of reproduction and the right of communication to the public in the digital environment*, in Copyright Bulletin, Vol. XXXI, nº 2, Edições UNESCO, 1997, pp. 4-24.

KLAFKWSKA, Wásniowska K. *Under One Umbrella: Problems of internet Retransmissions of broadcast and implications for new Audiovisual Content Services*. JIPITEC, Vol. 6, 2015 (urn:nbn:de: 0009-29-41775).

KUR, Annette, PLANCK, Max, DREIER, Thomas. *European Intellectual Property Law: Text, Cases and Material*: Edward Elgar Publishing, 2013.

LEISTNER, Matthias. *Structural aspects of secondary (provider) liability in Europe* JIPLP, 2014.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Dispositivos tecnológicos de proteção e direito de acesso do público*, disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7Bc4e943a7-d38f-4df8-99d7-8c8f52480ccd%7D.pdf> acesso a 15.5.2017.

LEVY, Pierre. *Cyberculture, Rapport au Conseil de l'Europe*, Éditions Odile Jacob, 1997.

LEWINSKI, Silke von. *Novas tecnologias e Direito internacional de Autor*, in APDI, “Sociedade da Informação”, Coimbra, Almedina, 1999, pp.44-59.

LEWINSKY, Silke von. *Rental and Lending Rights Directive*, in *European Copyright Law: A Commentary*, ed. Michel Walter, Silke von Lewinsky Oxford University Press, 2010.

LOKRANTZ-BERNITZ, Annika. *Les télé satellites et le droit d'auteur*, RIDA, LXVIII, Abril 1971, p. 68 a 147.

LOUDENSLAGER, Michael. *Allowing Another policeman on the Information Superhighway: State Interests and federalismo on the Internet in the Face of the Dormant Clause*. B.Y.U. Journal of Public Law, Volume XVII, 2003.

MARTINS, A. G. Lourenço / MARQUES, J. A. Garcia / DIAS, Pedro Simões. *Ciberlaw em Portugal, O Direito das Tecnologias da Informação e Comunicação*, Centro Atlântico, Portugal, 2004.

MATIAS, José Cintra. *O Direito de Colocação à Disposição do Público* disponível em revistas.lis.ulisiada.pt/index.php/ldl/article/download/460/434 - último acesso a 27-04-2017.

MELLO, Alberto de Sá e. *Manual de Direito de Autor*, Almedina, 2016, 2ª edição atualizada e ampliada.

MINATTI, Luís Gustavo. *Obra Cinematográfica e Internet*- disponível em http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/14/2013_14_17191_17235.pdf acesso a 19-04-2017.

PINHEIRO, Luís de Lima. *Algumas considerações sobre a Lei aplicável ao Direito de Autor na Internet*, disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7Bf2efdb8b-5322-46ad-8b40-f3cfb844ac46%7D.pdf> acesso a 13-04-2017.

RAMALHO, David Silva. *A Tutela Penal dos direitos de Autor e dos Direitos Conexos*, disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7B2c097642-c7bd-43d7-9057-0033033cda9a%7D.pdf>, último acesso a 03/04/2018.

REBELLO, Luiz Francisco, *O Direito de Autor no ciberespaço*, in *Vida Judiciária*, nº 43, 2001, pp 17-22.

REBELLO, Luiz Francisco, *Introdução ao Direito de Autor*, vol. I ed. SPA/ Dom Quixote, Lisboa, 1994.

RECHT, Pierre. *Le Droit d 'auteur, une nouvelle forme de propriété*, Bruxelas, 1969.

RENDAS, Tito, SILVA, Nuno Sousa e, *Direito de Autor nos Tribunais*, Universidade Católica Editora, 2015.

RICKETSON, Sam, GINSBURG, June, C. *International Copyright and Neighbouring Rights, The Berne Convention and Beyond*, Vol. II, Oxford/New York/Oxford University Press, 2006.

ROCHA, Manuel Lopes, MACEDO, Mário. *Direito no Ciberespaço*, Lisboa, Edições Cosmos, 1996.

ROCHA, Maria Vitória. *O Direito de Colocação à Disposição dos Artistas Intérpretes ou Executantes no Código de Direito de Autor e Direitos Conexos (CDADC): questões suscitadas pelo n.º 4 do art. 178º*, *Revista electrónica de Direito, Cije*, nº 2, 2015, disponível em <https://www.cije.up.pt/download-file/1326>, último acesso a 07/05/2018.

SILVA, Nuno Sousa e. *A Internet- um objeto para o direito Administrativo Global*, disponível em <https://fenix.tecnico.ulisboa.pt/downloadFile/1970943312276402/Silva2015.pdf> acesso a 13.04.2017.

SANTOS, António Paulo, ROSA, Vítor Castro. *Comentário sobre o regime de exceção de cópia privada em Portugal e na Europa*, in *Revistas Propriedades Intelectuais*, nº 5- junho 2016.

SVANTESSON, Dan Jerker. *Borders on, border around-the future of the Internet*. Bond University, 2006.

SOUSA, Marcos Rogério de. *A Reprodução Digital de obras literárias e seus reflexos no Direito de Autor*.

TIMOFEEVA, Yulia. *Worldwide Prescriptive Jurisdiction in Internet Content Controversies: A Comparative Analysis*. Connecticut Journal Of International Law, Vol. 20, 2005.

TRABUCO, Cláudia. *Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital*, Coimbra Editora, 2006.

TRABUCO, Cláudia. *Direito de Autor, intimidade privada e ambiente digital: reflexões sobre a cópia privada de obras intelectuais* disponível em https://run.unl.pt/bitstream/10362/2499/1/CT_RevIBERAMER.pdf acesso a 19-04-2017.

TRIAILLE, Jean Paul, DEPREUW, Sari, HUBIN, Jean- Benoît. *Study on the Making Available Right and its Relationship with the Reproduction Right in Cross-Border Digital Transmissions*, European Union, 2014, disponível em http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/141219-study_en.pdf, último acesso a 14/05/2018.

ULMER, Eugen, *Protection des auteurs lors de la transmission par satellite des programmes de radiodiffusion*, RIDA, LXXXXIII, julho 1977, p. 4 a 41.

UNGERN-STERMBERG, Joachim von. *Die Rechte der Urheber na Rundfunk- und Drahtfunksendungen nach internationalem und deutschem Urheberrecht*, C.H. Beck, 1973.

VICENTE, Dário Moura, (Coord.) *Estudos de Direito Intelectual Em Homenagem ao Prof. Doutor José De Oliveira Ascensão: 50 Anos De Vida Universitária*: Almedina, 2015.

VICENTE, Dario Moura. *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, Editora Almedina, 2009.

VICENTE, Dario Moura. *Direito de Autor e medidas tecnológicas de proteção In Direito Comparado; Perspetivas Luso Americanas*, Coimbra, 2006, p. 161-185.

VICENTE, Dário Moura. *Direito Internacional de Autor*, in “Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço”- vol. I, Coimbra, 2002 (separata).

VIEIRA, José Alberto Coelho. *A Estrutura do Direito de Autor no Ordenamento Jurídico Português*, Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.

VILELA, Rogério Alves. *Transmissão de Obra musical e fonograma via streaming e direitos autorais na jurisprudência do tjdft*, disponível em

<https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/29/17> último acesso a 07/05/.2018.

WIPO Intellectual Property Handbook. *Policy, Law and Use*
<http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/iprm/pdf/ch5.pdf>, último acesso a 07/05/2018.

WOLFRUM, Rudiger, ROSEN, Volker. *Legitimacy in International Law*. Berlin: Springer, 2008.